Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
ULRICH WEBER
aus Stuttgart

1962

7235 -

Fotodruck Präzis · Tübingen

Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
ULRICH WEBER
aus Stuttgart

1962

Fotodruck Präzis · Tübingen

Obmann: Prof. Dr. Joachim G e r n h u b e r
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz B a u r
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Georg E i ß e r
Tag der mündlichen Prüfung: 29. 6. 1962

Inhaltsübersicht

		Seite
Schrifttumsverzeichnis		VII
Abkürzungsverzeichnis		XX
Einleitung		XXV
	1. Teil	
	Herkunft und geschichtliche Entwicklung der Vormerkung	1
§ 1	Die deutschrechtlichen Zwischenstufen zwischen Schuld- und Sachenrecht und das Recht zur Sache des preußischen ALR	2
	I Das ältere deutsche Recht	2
	II Das preußische ALR	4
	Anhang: Die obligatio in rem scripta des römischen Rechts	7
§ 2	Die grundbuchrechtlichen Vorläufer der Vormerkung	8
	I Im preußischen Recht	8
	II In anderen Partikularrechten	17
§ 3	Die Vorarbeiten zum BGB und ihre Ergebnisse	22
	I Die Beratungen der ersten Kommission und ihr Niederschlag im Entwurf I vom 31.1.1888	22
	II Die Beratungen der zweiten Kommission und ihr Niederschlag im Entwurf II von 1898	24
	2. Teil	
	Die gesetzliche Regelung der Vormerkung im BGB und die aus ihr ersichtlichen Grundzüge des Instituts	28
	Vorbemerkung	28
§ 4	Die Sicherungswirkung der Vormerkung	29
	I Die Mittel der Sicherungswirkung	29
	1. Die gegenständlich beschränkte Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen	29
	2. Die persönlich beschränkte Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen	30
	a) Der Standpunkt der h.M.	30
	b) Ablehnung der h.M.	34
	c) Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten	35
	II Die Reichweite der Sicherungswirkung	40
	1. Schützt die Auflassungsvormerkung den Gläubiger des gesicherten Übereignungsanspruchs gegen die aus der Vermietung des Grundstücks fließenden Wirkungen des § 571 BGB ?	40

		Seite
	a) Zustimmende Stellungnahmen	40
	b) Ablehnende Stellungnahmen	42
	c) Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten	43
	2. Genießt der Vorgemerkte Schutz gegen Rechtsverluste seines Schuldners kraft Gesetzes ?	45
	a) Schutz gegen Rechtsverlust des Schuldners durch Ersitzung ?	45
	b) Bewirkt die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer Hypothek, daß gegenüber dem Gläubiger keine Eigentümerhypothek entsteht, wenn die Hypothekenforderung zurückgezahlt wird ?	47
§ 5	Die Rangwirkung der Vormerkung	48
§ 6	Die Vollwirkung der Vormerkung	49
	I Im Konkurs des Schuldners	49
	II Im Vergleich	51
	1. Im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses	51
	2. Im Zwangsvergleich	52
	III In der Zwangsversteigerung	52
§ 7	Die erbrechtliche Wirkung der Vormerkung	55
	I Die Sicherstellung des Vorgemerkten in den Fällen beschränkter Erbenhaftung	55
	1. Grundsätzliches zu § 884 BGB	55
	2. Besonderheiten in den einzelnen Fällen beschränkter Erbenhaftung	57
	a) Im Nachlaßkonkurs	57
	b) Im Vergleichsverfahren über den Nachlaß	57
	c) In der Nachlaßverwaltung	57
	d) Bei Dürftigkeit des Nachlasses	58
	3. Die praktische Bedeutung des § 884	58
	II Der Schutz des Vorgemerkten gegen andere anläßlich des Erbfalls auftretende Gefahren	60
	1. Schutz im Verfahren zum Aufgebot der Nachlaßgläubiger	60
	2. Schutz vor Verschweigung des vorgemerkten Anspruchs	60
	3. Versagen der Dreimonatseinrede gegenüber dem Vorgemerkten	61
§ 8	Die aus der gesetzlichen Regelung ersichtlichen Grundsätze der Vormerkung	61
	I Der Zweck der Vormerkung	61
	II Die akzessorische Natur der Vormerkung	62
	3. Teil	
	Die Rechtsnatur der Vormerkung	65
	Vorbemerkung	65
§ 9	Das Wesen der dinglichen Rechte	65
	Vorbemerkung	65

Seite

I	Die verschiedenen Theorien vom Wesen der Dinglichkeit	66
1.	Die Theorie von der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft	66
2.	Die Theorie von der absoluten Wirkung	67
3.	Die Theorie vom Sukzessionsschutz	70
4.	Die Theorie von der Dauer als Merkmal der dinglichen Rechte	71
5.	Die Theorie von der Zuordnungsfunktion als Kriterium der dinglichen Rechte	72
6.	Die Theorie von der Aussonderungskraft der dinglichen Rechte im Konkurs	73
II	Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten und Darlegung der eigenen Auffassung	73
1.	Zur Sachherrschaftstheorie	73
2.	Zur Absolutheitstheorie	76
3.	Zum Sukzessionsschutz als Dinglichkeitsmerkmal	79
4.	Zu der Auffassung, die Dauer eines Rechts indiziere seine Dinglichkeit	80
5.	Zur Lehre von der Zuordnungsfunktion der dinglichen Rechte	81
6.	Zur Auffassung, der Konkurs sei der Prüfstein der Dinglichkeit	82
§ 10	In wieweit besitzt die Vormerkung die Eigenschaften eines dinglichen Rechts ?	83
I	Stehen dem Vorgemerkten irgendwelche Sachherrschaftsbefugnisse zu ?	83
1.	Keine Sachherrschaft derart, wie sie das vorgemerkte dingliche Vollrecht gewährt	83
a)	Vormerkung nicht identisch mit dem unbedingten Vollrecht	83
b)	Vormerkung auch kein bedingtes dingliches Recht	85
2.	Keine Sachherrschaft im Sinne eines selbständigen dinglichen Rechts	87
3.	Folgen des Fehlens unmittelbarer Sachherrschaft für die weiteren Untersuchungen	91
II	Genießt der Vorgemerkte Absolutheitsschutz in Gestalt des Drittschutzes oder des Sukzessionsschutzes ?	92
1.	Schutz gegen Eingriffe tatsächlicher Natur ?	92
2.	Schutz gegen rechtliche Vorgänge ?	93
III	Verschafft die Vormerkung dem Gläubiger des gesicherten Anspruchs eine Aussonderungsmöglichkeit im Konkurs seines Schuldners ?	96
	Zusammenfassung der Ergebnisse	96

Seite

§ 11 Die verschiedenen Auffassungen von der Rechtsnatur der Vormerkung 97
Vorbemerkung 97
I Die Auffassung, die Vormerkung sei überhaupt kein Recht 97
II Die zwischen den Extremen "Dingliches Recht - überhaupt kein Recht" liegenden Ansichten 98
1. Die historisch orientierten Auffassungen 98
a) Vergleiche zwischen Vormerkung und deutschrechtlichen Gebilden 98
α) Vergleiche mit den zwischen Schuld- und Sachenrecht angesiedelten Instituten des älteren Rechts 98
β) Vergleich mit dem jus ad rem des preußischen ALR 100
b) Vergleich der Vormerkung mit der obligatio in rem scripta des römischen Rechts 100
Zusammenfassung 101
2. Die am geltenden Recht orientierten Auffassungen 101
a) Die Ansicht, die Vormerkung stelle ein (qualifiziertes) Veräußerungsverbot dar 101
b) Die Qualifizierung der Vormerkung als negatives Herrschaftsrecht 106
c) Die h.M.: Vormerkung ein besonders geartetes Sicherungsmittel, das dem geschützten Anspruch in gewissem Umfang dingliche Wirkungen verleiht 106
Zusammenfassung 107
Anhang: Stellen Bewilligung, Übertragung und Aufhebung der Vormerkung Verfügungen dar ? 108

4. Teil

Inwieweit sind die Vorschriften über dingliche Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung anwendbar ? 113

Vorbemerkung 113

§ 12 Die Bestimmungen zur Regelung der dinglichen Sachherrschaftsbefugnisse 113
I Die Schutzvorschriften gegen tatsächliche Beeinträchtigungen der Sachherrschaft 113
II Die grundstücksrechtlichen Ersitzungs- und Verjährungsvorschriften (§§ 900 - 902 BGB) 115

Seite

§ 13 Die Vorschriften über den Erwerb, die Aufhebung und die inhaltliche Änderung von Grundstücksrechten 118

I Die Vorschriften über den Erwerb von Grundstücksrechten 118

1. § 873 BGB 118

a) Anwendbarkeit auf die Bewilligung der Vormerkung ? 118

b) Anwendbarkeit auf die Übertragung der Vormerkung ? 121

2. § 874 BGB 122

II Die Vorschriften über die Aufhebung von Grundstücksrechten 122

1. § 875 BGB; zugleich eine Übersicht über die Gründe des Erlöschens der Vormerkung 122

a) Die gesetzlich geregelten Aufhebungsfälle 122

α) Die Beseitigung der Vormerkung nach § 886 BGB 123

β) Die Vernichtung der Vormerkung im Wege des Aufgebotsverfahrens (§ 887 BGB) 123

b) Die nicht gesetzlich geregelten Erlöschungsgründe 124

α) Untergang des gesicherten Anspruchs 124

β) Bringt ein Wegfall der materiellen Eintragungsvoraussetzungen die Vormerkung zum Erlöschen ? 125

aa) Erlischt die Vormerkung durch den Widerruf der Bewilligung des Vormerkungsbetroffenen ? 125

bb) Erlischt die Vormerkung mit Aufhebung der gerichtlichen Maßnahmen, auf Grund deren sie ins Grundbuch gelangte ? 125

γ) Geht die Vormerkung infolge ihrer unrechtmäßigen Löschung im Grundbuch unter ? 127

δ) Erlischt die Vormerkung, wenn sie mit dem vorgemerkten Recht in einer Person zusammentrifft ? 128

c) Findet auf die freiwillige Aufhebung der Vormerkung § 875 BGB Anwendung ? 129

2. § 876 BGB 130

a) Anwendbarkeit zugunsten des Vorgemerkten, wenn das vorgemerkte Recht aufgehoben wird ? 131

b) Anwendbarkeit zugunsten des Inhabers eines Rechts an einem vormerkungsgesicherten Anspruch, wenn die Vormerkung aufgehoben wird ? 134

c) Anwendbarkeit zugunsten des Inhabers eines Rechts an einem Grundstücksrecht im Falle der Eintragung einer das Grundstücksrecht betreffenden Löschungsvormerkung ? 136

Seite

III Die Vorschrift des § 877 BGB über die inhaltliche Änderung von Rechten an Grundstücken 137

1. Änderungen des gesicherten Anspruchs 137

2. Änderungen der Vormerkung als solcher 140

§ 14 Die Schutzvorschrift des § 878 BGB 141

I Der Normzweck des § 878 BGB 141

II Ist § 878 BGB auf die Bewilligung der Vormerkung anwendbar ? 142

III Ist § 878 BGB auf die Übertragung der Vormerkung anwendbar ? 148

§ 15 Die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs 149

I Die Vermutungsvorschrift des § 891 BGB 149

1. Anwendbarkeit des § 891 I zugunsten desjenigen, für den eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist ? 149

2. Anwendbarkeit des § 891 II zu Lasten des Inhabers einer im Grundbuch gelöschten Vormerkung ? 150

II Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§§ 892, 893 BGB) 151

1. Anwendbarkeit zugunsten des Vormerkungserwerbers ? 151

a) Anwendbarkeit zugunsten desjenigen, dem eine Vormerkung bestellt wird ? 151

b) Anwendbarkeit zugunsten des gutgläubigen Zessionars eines vormerkungsgesicherten Anspruchs ? 157

2. Anwendbarkeit zum Nachteil des Vorgemerkten ? 158

§ 16 Widerspruch und Grundbuchberichtigung 159

I Der Widerspruch des § 899 BGB 159

1. Ist der Widerspruch zugunsten des Vorgemerkten zulässig ? 159

2. Kann zugunsten des von einer Buchvormerkung Betroffenen ein Widerspruch ins Grundbuch eingetragen werden ? 160

II Die Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB 161

Schrifttumsverzeichnis

Achilles, Alexander,	Die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1881.
Achilles - Greiff,	BGB unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957, erläutert von Beitzke u.a., 21. Aufl., Berlin 1958.
Altenberg, Bruno,	Die Bedeutung der Auflassungsvormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren, Würzburger Diss., Berlin 1912.
Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang,	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 26. Aufl., München und Berlin 1958.
Baur, Fritz,	Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960.
Bendix,	Die Legitimation zur Bewilligung der Umschreibung einer Vormerkung im Falle eines Eigenthumswechsels, Gruch Beitr 32, 345.
ders.,	Die Vormerkung des neuen Rechts, Gruch Beitr 49, 288 ff.; 510 ff.
Bierling, Ernst Rudolf,	Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, Freiburg i.Br. und Leipzig 1894.
Biermann, Johannes,	Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Bd. 8, 2. Heft der Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer, Jena 1901.
ders.,	Bürgerliches Recht, 1. Bd., Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908.
ders.,	Bürgerliches Gesetzbuch, Drittes Buch, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

B l e y , Erich,	Kommentar zur Vergleichsordnung. Ergänzt und druckfertig gestaltet von Ludwig Roth, Karl Künne und Joachim Bley, 2. Aufl., Berlin 1955.
B l u m , Werner,	Veräußerungsverbot und Vormerkung, Breslauer Diss. 1906.
B o n g a r t z , Heinrich,	Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, Rostocker Diss., Köln 1904.
B o r c h a r d t ,	Die Vormerkung des heutigen gemeinen Preußischen Immobiliarrechts, Berliner Diss. 1887.
B o s c h , Bernhard,	Verfügungen über die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers, (ungedr.) Tübinger Diss. 1958.
B r a c h v o g e l , J.,	Vormerkung und Grundbuchunrichtigkeit, Dogmat Jahrb 81, 20 ff.
B r a n d t , H.,	Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Heft 120 der Leipziger Rechtswissenschaftlichen Studien, 1940.
B r u c k , Ernst,	Die Eigentümerhypothek, Bd. 10, 2. Heft der Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer, Jena 1903.
B r u n n e r , Heinrich,	Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 8. Aufl., besorgt von Claudius Freiherrn von Schwerin, München und Leipzig 1930.
C a r o , F.,	Vormerkung und guter Glaube. "Soziologische" und "formale" Gesetzesauslegung, JR 1928, 117 ff. u. 132 ff.
C o s a c k , Konrad,	Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II: Das Sachenrecht. - Das Recht der Wertpapiere. - Das Gemeinschaftsrecht. - Das Familienrecht. - Das Erbrecht, 3. Aufl., Jena 1901. 7. u. 8. Aufl. zusammen mit Mitteis, Jena 1924.

Crome, Carl,	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I: Allgemeiner Teil, Tübingen 1900. Bd. III: Rechte an Sachen und Rechten, Tübingen 1905.
Dernburg, Heinrich,	Pandekten Bd. I: Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin 1896.
ders.,	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. I, Halle 1875.
ders.,	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens Bd. III: Sachenrecht, 4. Aufl., Halle 1908.
Dölle, Hans,	Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika, Gruch Beitr 68, 492 ff.
du Chesne,	Dinglichkeit und dingliche Sicherung, ZBlFG 7, 195 ff.
Dulckeit, Gerhard,	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951 (Nr. 158/159 der Reihe "Recht und Staat").
Ebner, Alfred,	Die Vormerkung nach Deutschem Reichsrecht, Jenenser Diss., Berlin 1914.
Eichler, Hermann,	Institutionen des Sachenrechts. Ein Lehrbuch. Bd. I: Allgemeiner Teil. Grundlagen des Sachenrechts, Berlin 1954; Bd. II, 1. Halbband: Eigentum und Besitz, Berlin 1957; Bd. II, 2. Halbband: Besonderer Teil. Die dinglichen Rechte, Berlin 1960.
Endemann, Friedrich,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I: Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 8./9. Aufl., Berlin 1903; Bd. II, 1. Abteilung: Sachenrecht, 8./9. Aufl., Berlin 1905.
Enneccerus - Kipp - Wolff,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I: Allgemeiner Teil, von Ludwig Enneccerus, 15. Aufl. von Hans Carl Nipperdey 1. und 2. Halbband, Tübingen 1959 u. 1960 (zit.: Enneccerus - Nipperdey);

	Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, von Ludwig Enneccerus, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958 (zit.: Enneccerus - Lehmann); Bd. III: Sachenrecht, 10. Bearbeitung von Martin Wolff und Ludwig Raiser, Tübingen 1957 (zit.: Wolff - Raiser); Bd. V: Erbrecht, von Theodor Kipp, 11. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1960 (zit.: Kipp - Coing).
Erman, Walter,	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Böhle - Stamschräder u.a., 2. Aufl., Münster i.W. 1952.
Esser, Josef,	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.
Feldmann, Ernst,	Die Vormerkung, Heidelberger Diss., Leipzig 1912.
Fischer, Heinrich,	Zuschlag und Auflassungsvormerkung, Greifswalder Diss. 1912.
Förster, Franz - Ecc ius, M. E.,	Preußisches Privatrecht. Bd. I: Die Grundbegriffe und die Grundlehren des Rechts der Schuldverhältnisse; Bd. III: Das Sachenrecht, 7. Aufl., Berlin 1896.
Fuchs, Eugen,	Das Wesen der Dinglichkeit. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889.
ders.,	Probleme des Sachenrechts. (Sache, Sachenrecht, dingliches Recht, Vormerkung, Miethe), Gruch Beitr 46, 549 ff.
ders.,	Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung. Bd. I : Materielles Grundbuchrecht, Berlin 1902; Bd. II: Formelles Grundbuchrecht (unter Mitarbeit von Hugo Arnheim), Berlin 1908.
ders.,	Zur Lehre von der Vormerkung, LZ 1914, Sp. 3 ff.

ders.,	Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917.
Furthmann, Wilhelm,	Die Vormerkung, Kölner Diss., Würzburg 1933.
v. Gierke, Otto,	Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB, Jena 1897.
ders.,	Deutsches Privatrecht. Bd. I : Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895; Bd. II : Sachenrecht, Leipzig 1905.
v. Gierke, Julius,	Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1959.
Goldmann, E. - Lilienthal, L. - Sternberg, L.,	Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, Bd. II: Sachenrecht, Berlin 1912.
Güthe, Georg,	Die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Rechtsgebiete der Vormerkung, Gruch Beitr 57, 1 ff.
ders.,	Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, 6. Aufl., bearbeitet und herausgegeben von Franz Triebel, Bd. I u. II, Berlin 1936 u. 1937.
Heck, Philip,	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
ders.,	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
Hedemann, Justus Wilhelm,	Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 2. Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts, 2. Hälfte: Die Entwicklung des formellen Bodenrechts, Berlin 1935.
ders.,	Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin 1960.
Heinrich, Hans,	Die Wirkungen der Vormerkung, Erlanger Diss., Nürnberg 1911.
Hellwig, Konrad,	Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Eine prozessuale Abhandlung mit Beiträgen zum bürgerlichen Recht, insbesondere zur Lehre von der Rechtsnachfolge und der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten, Leipzig 1901.

Henke-Mönch-Horber, Grundbuchordnung, Kurzkommentar, 6. Aufl., München u. Berlin 1959.

Hesse-Saage-Fischer, Grundbuchordnung, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1957.

Heusler, Andreas, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. I u. II, Leipzig 1885 u. 1886.

Hieber, Rangwirkung der Auflassungsvormerkung, DtNotZ 1951, 500.

Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Bd. I: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903.

Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930.

Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 7. Aufl. neu bearbeitet von Erich Volkmar und Ernst Armstroff, Berlin 1937.

Jaeger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung, 8. Aufl., Bd. I (§§ 1 - 70) bearbeitet von Friedrich Lent, Berlin 1958.

Jhering, Rudolf, Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte, Dogmat Jahrb 10, 387 ff.

Immerwahr, Walter, Das dingliche Vorkaufsrecht des BGB, Dogmat Jahrb 40, 279 ff.

Kaser, Max, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., München 1955.

ders., Römisches Privatrecht (Studienbuch), 2. Aufl., München u. Berlin 1962.

Kempf, L., Zur Rechtsnatur der Vormerkung, JuS 1961, 22 ff.

Kindel, Wilhelm, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, in Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903, S. 75 ff.

ders., Die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung, Gruch Beitr 24, 303 ff. u. 643 ff.

Kipp-Coing, Erbrecht, s. bei Enneccerus - Kipp - Wolff.

Knoke, Paul, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot, in Festgabe für Karl Güterbock, Berlin 1910, S. 401 ff.

K o c h , C. F.,	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Kommentar in Anmerkungen, Bd. II, Berlin 1853.
K o h l e r , Josef,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I : Allgemeiner Teil, Berlin 1906; Bd. II : Vermögensrecht, 2. Teil: Sachenrecht, Berlin 1919.
d e r s . ,	Recht und Prozeß, Grünhuts Ztschr 14, 1 ff.
K o r i n t e n b e r g , Werner - W e n z , Peter,	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 6. Aufl. des Handbuchs Wenz - Wagner, Köln 1935.
K r e t z s c h m a r , Ferd.,	Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1906.
L a r e n z , Karl,	Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. I : Allgemeiner Teil; Bd. II : Besonderer Teil, 4. Aufl., München u. Berlin 1960.
d e r s . ,	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
L e h m a n n , Heinrich,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl., Berlin 1960.
L e n e l , Otto,	Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Heidelberg 1876.
L e n z , Gustav,	Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Zur Einleitung in die Wissenschaft des römischen Rechts, Berlin 1860.
L e y s e r , Benno,	Die rechtliche Natur der Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Rostocker Diss., Berlin 1904.
L ö n i n g , George A.,	Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930 (Nr. 9 der Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena).
M a e n n e r , Karl,	Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., München 1906.

Marpmann, Hans,	Ist die Übertragung des Besitzes in Erfüllung eines Miet- oder Pachtvertrages als Verfügung i.S. des § 883 II BGB anzusehen?, Erlanger Diss., Mainz 1912.
v. Meibom,	Der Immobiliararrest im Geltungsbereiche der deutschen Civilprozeßordnung, AcP 72, 331 ff.
Meiser, Otto,	Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung, Gruch Beitr 57, 584 ff.
Meikel - Imhof - Riedel,	Grundbuchrecht, Bd. I, II, III, 5. Aufl., Berlin 1957, 1958, 1960.
Mentzel, Franz - Kuhn, Georg,	Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1955.
Mitteis, Heinrich,	Deutsches Privatrecht (Studienbuch), neubearbeitet von Heinz Lieberich, 3. Aufl., München und Berlin 1959.
Mitteis, Ludwig,	Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht, Leipzig 1905.
Neumann, Johannes,	Vormerkung und Veräußerungsverbot, JW 1902, 454 ff.
Niendorff,	Mietrecht, 10. Aufl., Berlin 1914.
Oberneck, Hermann,	Das Reichsgrundbuchrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten, insbesondere derjenigen Preußens, Bd. I u. II, 4. Aufl., Berlin 1909.
Oertmann, Paul,	Der Dinglichkeitsbegriff, Dogmat Jahrb 31, 415 ff.
ders.,	Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Dogmat Jahrb 66, 265ff.
ders.,	Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123, 129 ff.
Perrey,	Die Rechtsstellung des Käufers zwischen Auflassung und Eintragung, Erlanger Diss. 1948.
Pflüger, H. H.,	Über das Wesen der Dinglichkeit, AcP 79, 406 ff.
Philippsen, Kurt,	Die Vormerkung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Jenenser Diss., Berlin 1903.

P l a n c k ' s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.
Bd. I : Allgemeiner Teil, bearbeitet von Knoke, Strecker und Flad, 4. Aufl., Berlin 1913;
Bd. III : Sachenrecht, 1. Hälfte (§§ 854 - 1112), bearbeitet von Brodmann und Strecker, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1933,
2. Hälfte (§§1113 - 1296), bearbeitet von Brodmann, Strecker und Flad, 5. Aufl., Berlin 1938.

P r e d a r i , C., Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, 2. Aufl., Berlin 1913.

P r i e s t e r , Oskar, Die alte und die neue Vormerkung, Arch Bürg R 22, 143 ff.

R a a p e , Leo, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1908.

d e r s . , Aneignungsüberlassung, Dogmat Jahrb 74, 179 ff.

R a d b r u c h , Gustav, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Göttingen 1959.

R a i s e r , Ludwig, Dingliche Anwartschaften, Bd. I der Tübinger Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, Tübingen 1961.

d e r s . , Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.

R e g e l s b e r g e r , Ferdinand, Das Bayerische Hypothekenrecht, 1. Abteilung, Leipzig 1874 (Bd. III des Deutschen Hypothekenrechts nach den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten, herausgegeben von Meibom).

R e i c h e l , Hans, Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, Dogmat Jahrb 46, 59 ff.

d e r s . , Die Umschreibung der Vormerkung. Ein Beitrag zum Reichsgrundbuchrecht, Leipzig 1905.

R e i c h s g e r i c h t s r ä t e - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
Bd. III, 1. Teil: Sachenrecht §§ 854 - 1011, bearbeitet von Kregel, Pritsch, Johannsen, 11. Aufl., Berlin 1959;

	Bd. V, 1. Teil: Erbrecht §§ 1922 - 2146, bearbeitet von Johannsen und Kregel, Berlin 1960.
Reinhard,	Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung, Gruch Beitr 62, 319 ff.
Reinhard - Müller,	Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 9. Aufl. neu bearbeitet von Gerhard Dassler und Horst Schiffhauer, Stuttgart 1958.
Rheinen, Fritz,	Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung ?, Bonner Diss. 1929.
Roquette, Hermann,	Mietrecht, 5. Aufl., Tübingen 1961.
Rosenberg, Leo,	Sachenrecht, 1. Halbband, §§ 854 - 902, München 1919.
Rümelin, G.,	Obligation und Haftung, AcP 68, 151 ff.
Savigny, Friedrich Carl,	System des heutigen Römischen Rechts Bd. I, Berlin 1840.
Schaaff, Fritz,	Die Auflassungsvormerkung, NJW 1952, 291 f.
Schilling,	Auflassungsvormerkung bei formnichtigem Grundstückskauf, DtNotZ 1958, 373 ff.
Schloßmann,	Über den Begriff des Eigentums, Dogmat Jahrb 45, 289 ff.
Schönfeld, Friedrich,	Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, JZ 1959, 140 ff.
ders.,	Nochmals: Wie wirkt sich die entsprechende Anwendung des § 878 BGB auf die Bewilligung einer Vormerkung aus ?, NJW 1959, 1417 f.
Schönke, Adolf - Baur, Fritz,	Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht. Eine systematische Darstellung, 6. Aufl., Karlsruhe 1956.
Schreiner, Otto,	Die dingliche Sicherung des persönlichen Wiederkaufsrechts in Ansehung von Grundstücken nach dem BGB, Jenenser Diss., Halle 1904.

Seckel, Emil, — Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.

Sekler, Georg, — Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, München 1904.

Seufert, Günther, — Auflassungsvormerkung bei formnichtigem Grundstückskaufvertrag, JR 1959, 169.

Soergel, Hs. Th., — Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu herausgegeben von W. Siebert.
Bd. I : Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse Allgemeiner Teil (§§ 1 - 432), bearbeitet von Siebert u.a., 9. Aufl., Stuttgart 1959;
Bd. III : Sachenrecht (§§ 854 - 1296), bearbeitet von Baur u.a., 9. Aufl., Stuttgart 1960.

Sohm, Rudolph - Mitteis, Ludwig - Wenger, Leopold, — Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., München und Leipzig 1923.

Staub, Hermann, — Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, Arch Bürg R 5, 12 ff.

J. v. Staudingers — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Bd. I : Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing, 11. Aufl., Berlin 1957;
Bd. III : Sachenrecht, 1. Teil §§ 854 - 1017 u. Erbbaurechtsverordnung, erläutert von Hans Berg, Josef Ring und Günther Seufert, 11. Aufl. Berlin 1956.
Bd. V : Erbrecht, 1. Teil §§ 1922 - 2196, erläutert von Gustav Boehmer, Heinrich Lehmann und Karl Seybold, 11. Aufl., Berlin 1954.

Steiner, Anton - Riedel, Hermann, — Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 7. Aufl., Berlin 1956.

Stobbe, Otto - Lehmann, H. O., — Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II, 1. Halbband, 3. Aufl., Berlin 1896.

S t r o h a l , Emil,	Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu Statten, Leipzig 1904.
d e r s . ,	Über relative Unwirksamkeit, Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, Wien 1911, Bd. II, S. 747 ff.
T h i b a u t , Anton Friedrich Justus,	System des Pandektenrechts, Bd. I, 8. Ausgabe, Stuttgart 1834.
T h i e l e ,	Die Vormerkung wegen eines Geldanspruchs nach heutigem Recht, Gruch Beitr 37, 625 ff.
T h o n , August,	Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878.
v. T u h r , Andreas,	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I : Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910; Bd. II, 1. Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Leipzig 1914; 2. Hälfte, Leipzig 1918.
T u r n a u , W. - F ö r s t e r , K.,	Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. I : Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Paderborn 1902; Bd. II : Die Grundbuchordnung, 2. Aufl., Paderborn 1903.
U n g e r , Joseph,	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, 2. Aufl., Leipzig 1863.
V e r v i e r , Heinrich,	Wesen und Wirkung der Vormerkung, Würzburger Diss. 1903.
V o s s ,	Die Löschungspflicht aus § 1179 BGB im Konkurse des Eigentümers, LZ 1912, Sp. 278 ff.
v. W ä c h t e r , Karl Georg,	Geschichte, Quellen und Literatur des Württembergischen Privatrechts, 1. Abteilung, Stuttgart 1839.
d e r s . ,	Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. II, Stuttgart 1842.

Weber, Gustav,	Begriff und Rechtswirkungen der Vormerkung, Kölner Diss. 1936.
Weigelt, Max,	Vormerkung und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht, Breslauer Diss. 1901.
Westermann, Harry,	Sachenrecht. Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Karlsruhe 1960.
Wieacker, Franz,	Bodenrecht, Hamburg 1938.
ders.,	Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuld- und Sachenrecht, DRW 1941, 49 ff.
ders.,	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952.
Wilhelmi, Walter - Vogel, Hermann,	Kurz-Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 5. Auflage , Berlin 1959.
Windscheid, Bernhard,	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp, Bd. I, Frankfurt a.M. 1906.
Wolff - Raiser,	s. bei Enneccerus - Kipp - Wolff.
Ziebarth, Karl,	Die Realexekution und die Obligation, Halle 1866.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	=	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, gültig ab 1.6.1794
ArchBürgR	=	Archiv für Bürgerliches Recht (Bd. u.S.)
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	=	Band
Bem	=	Bemerkung
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen. Amtliche Sammlung (Bd. u.S.)
C.c.	=	Code civil
DFG	=	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (Jahr u.S.)
Dogmat Jahrb	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Bd. u.S.)
DR	=	Deutsches Recht
DRW	=	Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr u.S.)
DtNotZ	=	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr u.S.)

E	=	Entwurf
ErbbauVO	=	Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919
FamRZ	=	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GBO	=	Grundbuchordnung i.d. Fassung vom 5. August 1935
GBV	=	Grundbuchverfügung vom 8. August 1935
Gruch Beitr	=	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von J.A. Gruchot. Herausgegeben von Küntzel, Eccius und Predari (Jahrgang u.S.)
Grünhuts Ztschr	=	Zeitschrift für privates und öffentliches Recht, herausgegeben von Grünhut (Bd. u.S.)
HRR	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung. Beilage zur Juristischen Rundschau seit 1928.
HypO	=	Hypothekenordnung für die preußischen Staaten vom 20. Dezember 1783
JFG	=	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Bd. u.S.)
JR	=	Juristische Rundschau (Jahr u.S.)
JuS	=	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung (Jahr, S.)

JW	=	Juristische Wochenschrift (Jahr u.S.)
JZ	=	Juristenzeitung (Jahr u.S.)
KG	=	Kammergericht
KGJ	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (Bd. u.S.)
KO	=	Konkursordnung vom 10. Februar 1877
KuT	=	Konkurs- und Treuhandwesen (seit 1955: Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen)
Lehrb.	=	Lehrbuch
LG	=	Landgericht
Lit.	=	Literatur
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr u. Spalte)
Mot.	=	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Berlin u. Leipzig 1888 (Bd. u.S.)
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr u.S.)
OLG	=	Oberlandesgericht u. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann (Bd. u.S.)

Prot.	=	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spohn, Berlin 1899
Randn	=	Randnote
Recht	=	Zeitschrift "Das Recht"
RG	=	Reichsgericht
RGBl.	=	Reichsgesetzblatt
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtliche Sammlung (Bd. u.S.)
RJA	=	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt (Bd. u.S.)
Rspr.	=	Rechtsprechung
S.	=	Seite
Seuff Arch	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Bd., Nr. und Seite)
Sp.	=	Spalte
st.	=	ständig(e)
str.	=	streitig

VerglO	=	Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935
Warn Rspr.	=	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer (1908 - 1941); seit 1941: Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des RG, herausgegeben von Buchwald (bis 1943)
ZBlFG	=	Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit (Jahr u.S.)
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Bd. u.S.)
ZPO	=	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877
ZVG	=	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897

Einleitung

Den Anlaß zu dieser Arbeit gaben hauptsächlich zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 21. Juni 1957 (BGHZ 25, 16 ff.) und vom 1. Oktober 1958 (BGHZ 28, 182 ff.), die sich mit der Anwendbarkeit der Widerspruchs- und Gutglaubensvorschriften und des § 878 BGB auf die Vormerkung befassen. Die in dieser Rechtsprechung zum Ausdruck kommende Tendenz einer sehr weitgehenden Anwendbarkeit sachenrechtlicher Normen auf die Vormerkung fordert zu einer umfassenden Untersuchung der Frage heraus, ob und inwieweit grundstücksrechtliche Vorschriften, insbesondere die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873 ff. BGB), auf die Vormerkung anwendbar sind. Zu diesem Zwecke ist es unumgänglich, sich Rechenschaft über die rechtliche Natur der Vormerkung abzulegen. Es geht nicht an, ohne die Herausarbeitung gewisser Grundsätze von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die Anwendbarkeit der einen oder anderen Vorschrift des Sachenrechts auf die Vormerkung geboten ist oder nicht. Bei einem derartigen Vorgehen würde man Gefahr laufen, in eine reine Billigkeits- und Falljurisprudenz abzugleiten. Mit unmißverständlicher Deutlichkeit hat neuerdings R a i s e r in seiner Schrift über dingliche Anwartschaften, S. 45 ff. darauf aufmerksam gemacht, "daß Begriffe und Systeme im Recht nicht nur die Funktion haben, dem Lernenden das Verständnis, dem geschulten Juristen durch eine Art von Abkürzungssprache die Übersicht über den Rechtsstoff und die Verständigung mit seinesgleichen zu erleichtern". Vielmehr beruhe das Rechtssystem, so gut wie die Entscheidung individueller oder typischer Interessenkonflikte, auf Wertentscheidungen, die bewußt oder unbewußt getroffen würden, jedenfalls aber auch dem System normativen Gehalt gäben.[1] Damit ist zugleich die Grenze aufgezeigt, die einer Untersuchung der Rechtsnatur der Vormerkung nach dem anderen Extrem hin gezogen ist: es kann nicht - wie es häufig das Bestreben der älteren Literatur war - darauf ankommen, eine schönklingende Definition der Vormerkung zu geben, aus der keinerlei praktische

Folgerungen abgeleitet werden können; vielmehr werden die Erwägungen immer unter dem Leitstern der Anwendbarkeit der grundstücksrechtlichen Vorschriften auf die Vormerkung stehen müssen; immer wird die Frage im Hintergrund stehen, ob und inwieweit die Ausgestaltung der Vormerkung es gestattet, sie in das System der dinglichen Rechte des BGB einzugliedern. Der Beantwortung dieser Frage soll auch der Abschnitt über die Herkunft und das geschichtliche Werden der Vormerkung dienen. Obgleich sich die Anwendbarkeit der §§ 873 ff. BGB auf die Vormerkung in hohem Maße nach den Bedürfnissen des modernen Rechtsverkehrs bestimmt, ist es doch unerläßlich, den geschichtlichen Vorläufern der heutigen Vormerkung nachzugehen, auf denen die Schöpfer des BGB bei der Übernahme des Instituts in unser Zivilrecht aufgebaut haben; dies gilt um so mehr, als auch in der neueren Literatur immer wieder auf Institute des älteren Rechts zur Charakteristik der Vormerkung zurückgegriffen wird.

Selbstverständlich kann es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, einen vollständigen Überblick über den Kreis vormerkungsfähiger Ansprüche zu geben. Die im § 883 I BGB steckende Problematik wird vielmehr nur insoweit erörtert werden, als dies im Hinblick auf die Untersuchung der Anwendbarkeit grundstücksrechtlicher Normen auf die Vormerkung allein oder den Komplex Vormerkung und gesicherter Anspruch erforderlich ist. Dabei wird insbesondere auf bestimmte Tendenzen [2] einzugehen sein, den Bestand der Vormerkung von der Existenz eines schuldrechtlichen Anspruchs unabhängig zu machen mit der Folge einer weitgehenden "Verdinglichung" des Rechtsinstituts.

Vorweg ist noch darauf hinzuweisen, daß bei der Behandlung von Vormerkungsproblemen dringend eine Sprachregelung erforderlich ist. Bereits E n d e m a n n [3] hatte Anlaß, sich darüber zu beklagen, daß die durcheinandergehende Terminologie bei den Auseinandersetzungen, insbesondere über die Rechtsnatur der Vormerkung, beträchtliches Unheil angerichtet hat. [4] In der Tat kann man eine Klärung der vielfältigen Fragen im Recht der Vormerkung kaum erwarten, wenn z.B. mit der Feststellung gearbeitet wird, Vormerkungen seien Forderungen (!), die dinglich

gesichert seien. [5] Im folgenden soll daher streng unterschieden werden zwischen der V o r m e r k u n g selbst und dem durch sie gesicherten A n s p r u c h ; diese Terminologie entspricht der des Gesetzes in §§ 883 I, 886 - 888 BGB. Soweit vom "vorgemerkten Recht" die Rede ist, ist damit das dingliche Recht gemeint, dessen ungestörten Erwerb die Vormerkung gewährleisten soll. Derjenige, dem eine Vormerkung zusteht, wird "Vorgemerkter" oder "Vormerkungsgläubiger", der Schuldner des gesicherten Anspruchs "Vormerkungsbetroffener" genannt.

---

1) Zur Kritik "einer nur noch sich selbst genügenden Billigkeitsjustiz" vgl. auch Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 326 f.

2) Vgl. insbes. OLG Celle NJW 1958, 1095.

3) Lehrb., Bd. II, 1. Abt., S. 402.

4) Vgl. in diesem Sinne auch Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem I 5.

5) So z.B. Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung, S. 46.

1. Teil

Herkunft und geschichtliche Entwicklung der Vormerkung.

Die Vormerkung läßt sich ohne ein einigermaßen ausgebildetes Grundbuchsystem nicht denken. Daraus erklärt sich, daß ihre Geschichte erst relativ spät beginnt. Dem römischen Recht war der Buchgedanke völlig fremd. Das mittelalterliche deutsche Recht kannt zwar die buchmäßige Kundbarmachung von Rechtsverhältnissen und Rechtsänderungen an Grundstücken [6], aber für die Entwicklung so subtiler Institute wie Vormerkung und Widerspruch war noch kein Raum. Erst die Wiederbelebung und technische Ausgestaltung des Buchwesens in den deutschen Partikularrechten des 18. und 19. Jahrhunderts brachte die vorläufigen Grundbucheintragungen hervor. [7] Wie in der Vervollkommnung der Grundbucheinrichtung überhaupt [8] war auch in diesem Punkte das preußische Recht führend; mit den preußischen Gesetzen vom 5. Mai 1872 [9] wurde wohl das perfekteste Grundbuchrecht vor Inkrafttreten des BGB und der Reichsgrundbuchordnung geschaffen. Das preußische Liegenschaftsrecht hat denn auch - insbesondere was die vorläufigen Eintragungen ins Grundbuch anlangt - wie kein anderes Partikularrecht die Schöpfer des BGB bei ihrer Arbeit beeinflußt. [10] Die Behandlung des preußischen Rechts wird aus diesem Grunde den Hauptteil der nachfolgenden historischen Betrachtung einnehmen.

Allgemein ist diesen Ausführungen vorauszuschicken, daß es nicht damit getan ist, die verschiedenen historischen Stufen des Instituts aufzuzählen, das wir heute Vormerkung nennen. Sein Wesen erschließt sich vielmehr erst, wenn man den Rechtsboden, auf

---

6) Vgl. z.B. Wolff - Raiser § 26 II.

7) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 1; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 57.

8) Vgl. Mot. Bd. III, S. 9.

9) Gesetz über den Eigenthums-Erwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten und Grundbuch-Ordnung.

10) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 1; Wolff - Raiser § 26 V. Über die Einzelheiten vgl. unten § 3 II.

dem es gewachsen ist, in die Betrachtung einbezieht.
Um die spätere Untersuchung der Rechtsnatur der Vormerkung nicht über Gebühr mit historischen Ausführungen zu belasten, wird gleich zu Anfang des geschichtlichen Teils ein Blick auf die Institute des älteren deutschen Rechts[11] geworfen werden, die immer wieder zu Vergleichen mit der Vormerkung herangezogen wurden.
Etwas näher soll auf das Recht zur Sache des preußischen ALR eingegangen werden, von dem trotz der ablehnenden Haltung der preußischen Gesetzgebung von 1872 [12] und der Schöpfer des BGB [13] nicht ohne weiteres gesagt werden kann, daß es in Gestalt der Vormerkung keinen Eingang ins BGB gefunden hätte.[14]
Obwohl die Vormerkung historisch gesehen am allerwenigsten von der obligatio in rem scripta des römischen Rechts abgeleitet werden kann, gab es Stimmen in der Literatur [15], die nicht davor zurückschreckten, sich zur Erklärung der Rechtsnatur der Vormerkung auf dieses Institut zu berufen. Es soll deshalb in einem Anhang zur Darstellung des jus ad rem kurz behandelt werden.

§ 1

Die deutschrechtlichen Zwischenstufen zwischen Schuld- und Sachenrecht und das Recht zur Sache des preußischen ALR.

I Das ältere deutsche Recht.

1. Dem deutschen Vermögensrecht war die scharfe Trennung von Schuld-

---

11) Vgl. Crome, System, Bd. III, S. 176 und Endemann, Lehrb., Bd. II, 1. Abt., S. 402, die die Vormerkung mit dem Wartrecht vergleichen.

12) Vgl. unten § 2 I 2.

13) Vgl. unten § 3.

14) Insbesondere v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 338 und jüngstens Wieacker, Bodenrecht, S. 158 haben darauf

und Sachenrecht, die das römische Recht beherrschte, fremd. Hält man sich weiter vor Augen, daß das deutsche Recht keine Beschränkung der Sachenrechte auf bestimmte Typen (numerus clausus der dinglichen Rechte) kannte, vielmehr jedes obligatorische Recht durch Hinzutritt einer entsprechenden Gewere Dinglichkeitscharakter annehmen konnte,[16] so nimmt es nicht wunder, daß schon der obligatorische Veräußerungsvertrag nicht als rein schuldrechtliche Beziehung, sondern als Vorstufe der in Aussicht genommenen dinglichen Rechtsänderung, m.a.W. als Anwartschaft angesehen wurde.[17] Die Rechtsposition, die dem Erwerber mit Vertragsschluß zuwuchs, konnte durch zuwiderlaufende Akte des Veräußerers vor allem dann nicht mehr beeinträchtigt werden, wenn dessen obligatorische Bindung öffentlich vorgenommen oder dem Zweiterwerber bekannt geworden war. [18]

2. Noch stärker als die des rechtsgeschäftlichen Erwerbers war die Stellung des präsumtiven Erben vor dem Erbfall. Das gesamte Hausgut - Fahrnis und Liegenschaften - war ursprünglich gesamthänderisch an die Hausgemeinschaft - Hausvater und Söhne bzw. Enkel - gebunden. Dem Hausvater stand lediglich die lebenslängliche Gewere am Hausgut zu, das er treuhänderisch zu verwalten hatte. Seine Verfügungsfreiheit darüber war eingeschränkt durch ein Wartrecht der übrigen Teilhaber. Er konnte nur mit ihrer Zustimmung über Gegenstände des Hausguts verfügen; fehlte die Zustimmung, so machte das Wartrecht die Verfügung unwirksam und der veräußerte Gegenstand mußte zum Hausgut zurückgewährt werden.[19] [20]
Ein dem Wartrecht ähnliches Institut war das sogen. Beispruchsrecht der Abkömmlinge des Erblassers.[21] Es ging insoweit weiter

---

noch

14) hingewiesen, die Vormerkung enthalte den Rechtsgedanken des jus ad rem.

15) Vgl. Kohler, Lehrb., Bd. I, S. 159, Bd. II, 2. Teil, S. 358 ff. und Oberneck, Grundbuchrecht, Bd. I, S. 448 ff.

16) v. Gierke, a.a.O., S. 608 f.; Heusler, Institutionen, Bd. II, S. 9 f.

17) v. Gierke, a.a.O., S. 608.

18) v. Gierke, a.a.O., S. 609; Kohler, Lehrb., Bd. II, 2.Teil, S. 355.

19) Hübner, Dt. Privatrecht, S. 328 f.; Mitteis, Dt. Privatrecht, S. 91.

20) Über spätere Auflockerungen dieses Grundsatzes vgl. Hübner, Dt. Privatrecht, S. 329 ff.

als das Wartrecht, als es nicht an der Hausgemeinschaft, sondern am Erbrecht schlechthin anknüpfte; andererseits war es enger: es bezog sich ausschließlich auf Liegenschaften. [22] Auch diese Erbanwartschaft machte ohne Erbenlaub vorgenommene Verfügungen des Erblassers unwirksam. Da das Institut aber nicht auf die Erhaltung des Hausgutes abzielte, erschöpfte es sich nicht in der rein negativen Herbeiführung der Unwirksamkeit, vielmehr erstarkte die Anwartschaft mit der Verfügung des Erblassers zum Vollrecht: Die Verletzung des Beispruchsrechts hatte dieselbe Folge wie der Eintritt des Erbfalls, also Übergang des veräußerten Gegenstandes auf den Berechtigten, der von dem anwartschaftswidrigen Erwerber Herausgabe wie ein Erbe verlangen konnte. [23]

3. Wart- und Beispruchsrechte haben sich später zu sogenannten Näherrechten abgeschwächt. Der präsumtive Erbe war nicht mehr berechtigt, den veräußerten Gegenstand ohne weiteres an sich zu ziehen; er konnte lediglich in den vom Erblasser geschlossenen Kaufvertrag an Stelle des Käufers eintreten. [24]
Neben einer ganzen Anzahl gesetzlicher Näherrechte kamen im Mittelalter auch gewillkürte Näherrechte in Übung, die als Vorstufe unseres heutigen Vorkaufsrechtes angesprochen werden können. [25]

II Das preußische ALR.

1. Das Vermögensrecht des preußischen ALR war weitgehend beeinflußt von deutschrechtlichen Gedanken. Infolgedessen standen sich auch hier Schuld- und Sachenrecht nicht mit dieser Schroffheit gegenüber, die für das römische Recht charakteristisch ist.

---

21) Auf die umstrittene Frage, ob das Beispruchsrecht aus dem Wartrecht hervorgegangen oder unabhängig von diesem, vielleicht sogar früher als dieses entstanden ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Für Unterform des Wartrechts z.B. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 786; für Selbständigkeit z.B. Mitteis, Dt. Privatrecht, S. 91.

22) Hübner, Dt. Privatrecht, S. 332 f.; Mitteis, Dt. Privatrecht, S. 91; Brunner - v. Schwerin, Dt. Rechtsgeschichte, S. 239.

23) Hübner, a.a.O., S. 333; v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 786.

24) Mitteis, Dt. Privatrecht, S. 91.

25) Vgl. zu dieser Entwicklung eingehend v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 797 ff.

Dies zeigt sich schon an der äußeren Einteilung des Gesetzes, das keine dem heutigen BGB entsprechende Aufteilung des Vermögensrechts in Schuld- und Sachenrecht kannte.[26] Besonders deutlich aber tritt die Verzahnung schuld- und sachenrechtlicher Elemente bei der Regelung des Erwerbs dinglicher Rechte hervor. In diesem Bereich herrschte die Lehre vom titulus und modus acquirendi. Ihre grundlegenden gesetzlichen Vorschriften finden sich in ALR I, 2 §§ 131 ff. Dort wird (§ 131) die "Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt", als "Erwerbungsart" (= modus acquirendi) und (§ 132)" der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese Handlung oder Begebenheit die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann", als "Titel" (= titulus acquirendi) bezeichnet. Der Titel ist dabei ein persönliches Recht (§ 134), die regelmäßige Erwerbungsart für das dingliche Recht die Besitzeinräumung (§ 135).[27] Im Gegensatz zur Regelung des Erwerbs dinglicher Rechte im BGB tritt uns hier eine völlige Verwerfung des Abstraktheitsgrundsatzes entgegen: Ohne ein zugrunde liegendes persönliches Recht konnte kein dingliches erworben werden; das obligatorische Recht war konstitutives Element des dinglichen Rechtserwerbs.

Diese Verschmelzung schuld- und sachenrechtlicher Elemente beim Erwerb dinglicher Rechte legte es nahe, schon dem Inhaber eines Erwerbstitels eine über das bloße Fordernkönnen vom Schuldner hinausgehende Rechtsposition einzuräumen. In dieser Konsequenz wurden die Schöpfer des ALR sowohl durch die deutschrechtlichen Anwartschaften[28] als auch durch Gedanken des Naturrechts des 17. und 18. Jahrhunderts bestärkt, das einen starken Einfluß auf die großen partikularrechtlichen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts ausübte.

---

26) Die persönlichen Rechte wurden lediglich als Erwerbsgründe für dingliche Rechte behandelt; vgl. ALR I, 11. Dasselbe gilt für die Regelung der letztwilligen Verfügungen in ALR I, 12.

27) Über titulus und modus speziell beim Eigentumserwerb vgl. ALR I, 9 §§ 1 ff. (originärer Erwerb) und I, 10 §§ 1 ff. (abgeleiteter Erwerb).

28) Vgl. oben 1. Zum Einfluß der deutschrechtlichen Anrechte auf das preußische ALR siehe v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 608 f.; Hübner, Dt. Privatrecht, S. 178 f.; Kohler, Lehrb. Bd. II, 2. Teil, S. 355.

Hauptsächlich die Lehre vom Doppelkauf des H u g o G r o t i u s ist hier zu nennen.[29] [30] G r o t i u s rechnete zu den Erwerbsgründen des jus gentium voluntarium unter anderem den obligatorischen Vertrag im heutigen Sinne. Der Gläubiger eines schuldrechtlichen Veräußerungsvertrages erwarb nach dieser Auffassung mit Vertragsschluß das dingliche Recht, ohne daß weitere Erwerbsmodalitäten hinzuzutreten brauchten. Ein weiterer Verkauf konnte seine Rechtsstellung auch dann nicht mehr beeinträchtigen, wenn dem zweiten Käufer der Besitz der Sache eingeräumt wurde. In reiner Form hat diese Auffassung Eingang in den französischen Code civil[31] gefunden. Das preußische Recht ging nicht so weit, sondern begnügte sich damit, dem Inhaber eines Erwerbstitels eine sachenrechtsähnliche Position, das sogenannte j u s a d r e m , einzuräumen.

2. Das Recht zur Sache des Eigentumserwerbers an Fahrnis und Liegenschaften war geregelt in ALR I, 10 §§ 24 und 25. § 24 bestimmte, daß der Erwerber einer Sache, der wußte, "daß derjenige, von welchem sein Titel sich herschreibt, nicht wahrer Eigenthümer sei, ... weder durch Eintragung noch durch Übergabe ein Eigenthumsrecht erlangen" konnte. Diesem Fall der Kenntnis der Nichtberechtigung des Veräußerers wurde in § 25 die Kenntnis eines über die Sache bereits abgeschlossenen, auf Veräußerung gerichteten Vertrages gleichgestellt: "Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Übergabe den früher entstandenen Titel eines Anderen weiß, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Übergabe nicht vorschützen." Eine ähnliche Bestimmung galt für den Erwerb beschränkt dinglicher Rechte: "Kann der ... Besitznehmer überführt werden, daß ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des Anderen zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich seines durch die Übergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht

---

29) Vgl. darüber und zum folgenden Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 173; H. Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 120, 1940, S. 84 ff., 97 ff.

30) Über den Einfluß P u f e n d o r f s auf diese Entwicklung vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 184.

31) C. c. Art. 711, 1138, 1583.

bedienen" (ALR I, 19 § 5). Die Eingehung einer schuldrechtlichen Verpflichtung hatte also beim Schuldner im Verhältnis zu Dritten praktisch dieselbe Minderung der Verfügungsgewalt zur Folge wie die (dingliche) Verfügung über den betreffenden Gegenstand. Die dem Schuldner mit Vertragsschluß verlorengegangene Rechtsmacht wuchs dem Gläubiger zu. Dieser konnte aufgrund seines jus ad rem vom Dritterwerber - ohne seinen ursprünglichen Schuldner bemühen zu müssen - Herausgabe der geschuldeten Sache verlangen und damit sein Anrecht zum Vollrecht ausgestalten. [32]

Anhang:

Die obligatio in rem scripta des römischen Rechts.

Das römische Recht hat in Gestalt der obligatio in rem scripta ein Institut hervorgebracht, das ähnlich dem jus ad rem dadurch gekennzeichnet war, daß es über die schuldrechtliche Bindung zweier Personen hinaus Wirkungen gegen Dritte zu äußern vermochte. Diese vage Übereinstimmung ist aber auch die einzige, die zwischen beiden Instituten besteht. Ansonsten weisen sie in ihrer rechtlichen Natur und in ihren Wirkungen tiefgreifende Unterschiede auf. Während beim jus ad rem die Drittwirkung Ausfluß einer bereits verdinglichten Rechtsstellung des Gläubigers war - zum dinglichen Vollrecht fehlte dem titulus acquirendi nur noch die äußere Form des modus -, wurzelte die obligatio in rem scripta ausschließlich im Schuldrecht [33]. Dies zeigt deutlich ihr Hauptanwendungsfall, die actio quod

---

32) Vgl. z.B. Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. I, S. 379; Bürg.R., Bd. III, S. 219; Förster - Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. III, S. 7; v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 610.

33) Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 295; Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, S. 24 und 74; v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 338; Kaser, Römisches Privatrecht, 2. Aufl., S. 29; ders., Das römische Privatrecht, 1. Abschn., S. 213; Sohm - Mitteis - Wenger, Institutionen, S. 688; Windscheid - Kipp, Pandekten, Bd. I, S. 194 f., insbes. § 45 Fußn. 6.

metus causa.[34] Mit dieser Klage konnte das Opfer eines unter Zwang zustande gekommenen Rechtsgeschäfts das Abgepreßte nicht nur von dem Zwang ausübenden Vertragspartner zurückfordern, sondern in gleicher Weise gegen jeden Dritten vorgehen, der den betr. Gegenstand vom Erpresser erworben hatte. Da der Bedrohte z.B. sein Eigentum bereits mit Leistung an seinen ursprünglichen Vertragspartner verloren hatte, war der Anspruch kein dinglicher, sondern ein rein obligatorischer auf Rückübereignung. Der Dritte mußte nicht nur - wie beim jus ad rem - die der Rechtsposition des Inhabers eines Titels entsprechende äußere Stellung einräumen, sondern sämtliche Übereignungshandlungen vornehmen. Zutreffend führen S o h m - M i t t e i s - W e n g e r [35] aus diesem Grunde aus, die actio in rem scripta sei eine persönliche Klage aus einem Forderungsrecht, nur mit der Eigentümlichkeit, daß der Schuldner nicht endgültig bestimmt sei, sondern durch einen Zustand bezeichnet werde, dessen Träger wechseln könne. Diese Charakteristik trifft auch zu auf den weiteren bedeutsamen Fall der actio in rem scripta, die sogenannte actio ad exhibendum: Wer einen Anspruch hinsichtlich einer Sache besaß, konnte - wenn dies zur weiteren Rechtsverfolgung für ihn erforderlich war - von jedem, der die facultas exhibendi hatte, ihre Vorlegung verlangen. Diese Art der actio in rem scripta hat übrigens über das gemeine Recht Eingang ins BGB (§§ 809 - 811) gefunden.[36]

§ 2

D i e g r u n d b u c h r e c h t l i c h e n [37] V o r l ä u f e r d e r V o r m e r k u n g .

I Im preußischen Recht

1. Im älteren Recht (vor Erlaß der Gesetze vom 5. Mai 1872).

---

34) Ausdrücklich als in rem scripta bezeichnet bei Ulpian 1. 9 § 8 D. 4, 2.

35) A.a.O. Ähnlich Windscheid - Kipp, Pandekten, Bd. I, S. 195 (Fußn. 6 zu § 45).

36) Sohm - Mitteis - Wenger, a.a.O.

37) Bei den folgenden Erörterungen sollen jeweils zu Beginn die buchrechtlichen Grundsätze dargestellt werden, welche die

a) Die Grundsätze des älteren Liegenschaftsrechts.

Die Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 [38] hat den preußischen Staaten ein einheitliches, am Pfandbuchsystem orientiertes Buchwesen gebracht. [39] Das Gesetz hatte vorwiegend formellrechtlichen Charakter und verfolgte in erster Linie den Zweck, den Gerichten deutliche und vollständige Anweisungen über die Einrichtung der Bücher und das Verfahren bei den Eintragungen zu geben. Die vollständige materiellrechtliche Grundlage der HypO brachte erst das ALR von 1794 [40]. Nur beide Gesetze zusammen betrachtet können also Aufschluß geben über das unter dem Gesichtspunkt der vorläufigen Bucheintragungen interessierende preußische Liegenschaftsrecht.

Entsprechend dem im damaligen Preußen herrschenden Pfandbuchsystem war zur Übereignung eines Grundstücks ein Buchakt weder erforderlich noch ausreichend; vielmehr konnte Übereignung nur durch Übergabe erfolgen. [41] Wer aber als Eigentümer über das Grundstück mittels eines Rechtsgeschäfts verfügen wollte, bei dem Mitwirkung des Gerichts erforderlich war, mußte seine Eintragung im Grundbuch herbeiführen. [42] Nicht so streng wie bei der Übereignung war das Traditionsprinzip durchgeführt in den Fällen der Belastung des Grundstücks mit Nutzungsrechten. Hier konnte die Eintragung der Belastung im Hypothekenbuch die Einräumung des tatsächlichen Besitzes ersetzen. [43] Das bunt schillernde Gemisch von Buch- und Traditionsgedanken wurde vervollständigt durch die Regelung der Grundpfandbestellung: "Nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher wird das Hypotheken-

---

noch

37) vorläufigen Eintragungen erst recht verständlich machen. Auf eine eingehende Schilderung der mehr rechtstechnischen Seite der verschiedenen Institute kann verzichtet und insoweit auf die erschöpfenden Darlegungen bei Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 1 ff. verwiesen werden.

38) Im folgenden kurz HypO genannt.

39) Über die Vorläufer der HypO vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. I, S. 395 ff.

40) Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. I, S. 397.

41) ALR I, 10 § 1: "Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert, außer dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Übergabe derselben."

42) ALR I, 10 § 6.

43) ALR I, 21 § 4.

recht selbst erworben", ALR I, 20 § 411. Hier war also der Buchakt unabdingbares Erfordernis für das Zustandekommen des Rechts.[44]

Bei dieser Rechtslage waren mannigfaltige Möglichkeiten des Auseinanderfallens von tatsächlicher und bloßer Buchberechtigung gegeben.[45] Hält man sich zudem noch vor Augen, daß das Hypothekenbuch trotz seiner geringen Bedeutung beim Rechtserwerb mit öffentlichem Glauben versehen war[46], so versteht sich die Tendenz der HypO und des ALR, den wirklich Berechtigten gegen die ihm vom Buchberechtigten drohenden Gefahren mittels vorläufiger Eintragungen zu schützen, eigentlich von selbst.

b) Die vorläufigen Eintragungen.

Einheitliches Mittel gegen alle vom Hypothekenbuch einer bestimmten Rechtsstellung drohenden Gefahren war die Protestation.[47] Der Begriff taucht erstmals auf in Tit. II § 289 HypO. Die Wirkung einer im Hypothekenbuch eingetragenen Protestation bestimmten die §§ 298, 299 des Tit. II HypO dahin, "daß, so lange solche auf dem Grundstück haftet, alle mit letzterem vorzunehmenden Dispositiones und darauf geschehenden Eintragungen dem Protestanten an seinem wirklichen Rechte nicht nachtheilig werden können. Wenn also der Protestant das streitige Realrecht durch richterliches Erkenntnis oder auf andere Weise wirklich behauptet, so tritt dasselbe ipso jure an die Stelle, wo die Protestation eingetragen ist, und geht allen nachher ingrossierten Posten vor." Tit. II § 290 HypO besagte, daß wegen bloß persönlicher Ansprüche keine Protestation stattfand. Der Protestation der HypO war also die Funktion des Widerspruchs unseres heutigen BGB (§ 899) zugedacht. Doch schoß das Institut in einem Fall über die bloß konservatorische Wirkung hinaus. Wie oben unter

---

44) § 412 a.a.O. bestimmte nochmals ausdrücklich: "So lange daher ein gesetzliches, oder auch ein durch rechtsgültige Willenserklärungen bestelltes Pfandrecht noch nicht eingetragen ist; so lange hat dasselbe noch nicht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts." Vgl. auch Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. I, S. 384.

45) Wolff - Raiser, § 26 III.

46) ALR I, 10 §§ 7, 8; 20 § 410.

47) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 1.

a) ausgeführt, war für das Entstehen einer Hypothek ihre Eintragung ins Hypothekenbuch unerläßliche Voraussetzung. Gleichwohl konnte aufgrund eines Hypothekentitels, also eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Einräumung der Hypothek, eine Protestation im Buch vermerkt werden. [48] Diese Art der Protestation hatte - ganz wie unsere heutige Vormerkung des § 883 BGB - keine bewahrende, sondern vorbereitende, in die Zukunft gerichtete Wirkung [49]. Auch diese Protestation war dem § 299 HypO unterstellt, der, wie oben dargelegt, im Falle des unzweifelhaften Nachweises des Anspruchs, die Protestation dem Vollrecht gleichstellte. Demzufolge wurde in Wissenschaft und Rechtsprechung der hypothekarischen Protestation die Eigenschaft einer bedingten Hypothek beigelegt.[50] Trat die Bedingung ein, d.h. wurde der Titel vom Gläubiger einwandfrei nachgewiesen, so konnte er auch ohne Umschreibung seine Rechte aus der Hypothek geltend machen; die Umschreibung hatte lediglich insofern Bedeutung, als sie ihm Beweisschwierigkeiten ersparte.[51]

Dem Beispiel der HypO folgend hat auch das ALR die Protestation in mancherlei Sonderformen aufgenommen. [52] Hervorzuheben ist die in ALR I, 11 §§ 738, 739 geregelte protestatio pro conservandis exceptionibus: Ganz dem § 1139 BGB entsprechend konnte sich der Eigentümer des hypothekarisch belasteten Grundstücks im Falle nicht erfolgter Darlehenshingabe mittels Protestation gegen die Gefahren des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs schützen. Rückwirkung der Protestation trat hier ein, wenn sie innerhalb 38 Tagen eingetragen wurde.

Ein Charakteristikum des älteren preußischen Rechts ist das vollständige Fehlen einer bewilligten Protestation; Protesta-

---

48) Dies ergibt sich ganz eindeutig aus dem späteren ALR I, 20 § 418, der bestimmte, daß eine Protestation nur zugunsten eines solchen Gläubigers eingetragen werden sollte, "welcher eine solche Forderung, wodurch ein rechtsgültiger Titel zur Erlangung eines Hypothekenrechts an sich begründet wird, durch unverdächtige Urkunden, oder sonst, einigermaaßen bescheinigt hat."

49) Vgl. dazu insbes. Biermann, a.a.O., S. 2 f.

50) So z.B. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Kommentar in Anmerkungen, Bd. II, Berlin 1853, I, 20 § 421 Bem 57; Preußisches Obertribunal Entsch. Bd. 13, 257; 14, 274.

51) Preuß. Obertribunal Entsch. Bd. 14, 274.

52) Zu den Einzelheiten vgl. Biermann, a.a.O., S. 5 ff.

tionen wurden grundsätzlich nur unter Mitwirkung des Prozeßrichters eingetragen. [53] Ohne Einschaltung des Prozeßrichters, aber auch ohne Bewilligung des Betroffenen, konnte der Buchrichter gemäß Tit. II § 18 HypO von Amts wegen eine Protestation eintragen, wenn ein Eintragungsantrag lediglich der äußeren Form ermangelte oder von einem nicht ordnungsmäßig Bevollmächtigten gestellt war. Gleichzeitig mußte dem Antragsteller "bedeutet werden, was er noch zu thun, beizubringen oder zu supplieren habe, um zu bewirken, daß seinem Gesuch rechtlicher Art nach statt gegeben werden könne." Die Ähnlichkeit der Bestimmung mit dem jetzigen § 18 GBO [54] ist verblüffend.

2. Im Eigentums-Erwerbs-Gesetz (EEG) und in der Grundbuchordnung (GBO) vom 5. Mai 1872.

a) Die Grundzüge der neuen Gesetze.

Durch die Gesetze vom 5. Mai 1872 wurde in Preußen das Grundbuchsystem eingeführt. Das bedeutete in erster Linie, daß nunmehr auch für den Erwerb des Eigentums die Eintragung der Rechtsänderung ins Grundbuch erforderlich war; das gesamte Liegenschaftsrecht sollte auf dem Prinzip der Buchöffentlichkeit ruhen. [55] Das preußische Recht ist dabei dem materiellen Konsensprinzip und nicht dem Grundsatz der formalen Rechtskraft des Grundbucheintrags gefolgt. D.h. die Rechtsänderung wurde nicht durch den Bucheintrag als solchen [56], sondern nur in Verbindung mit der dinglichen Einigung, der Auflassung, herbeigeführt. [57] § 1 EEG erteilte zugleich der das ALR beherrschenden Doktrin von titulus und modus acquirendi eine Absage: Der Eigentumserwerb vollzog sich losgelöst von dem

---

53) Die Voraussetzungen der Eintragung von Protestationen wurden zusammenfassend geregelt in der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853. Siehe dazu im einzelnen Biermann, a.a.O., S. 7 f.

54) Zwischenverfügung (Abs. 1) und Amtsvormerkung und -widerspruch (Abs. 2).

55) Vgl. grundsätzlich zum Grundbuchsystem Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 2. Teil, 2. Hälft S. 269; Wolff - Raiser § 26 IV.

56) "Was im Buch steht ist richtig, weil es darin steht"; vgl. Wolff - Raiser § 26 IV 1.

57) § 1 EEG bestimmte: "Im Fall einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthums-Überganges im Grundbuch erworben."

zugrunde liegenden obligatorischen Geschäft, also abstrakt.[58] Diese Verselbständigung von schuld- und sachenrechtlichen Elementen beim Eigentumserwerb brachte auch eine Aufgabe des jus ad rem mit sich. § 4 EEG versetzte diesem eigenartigen, zwischen obligatorischem und dinglichem Recht angesiedelten Institut ausdrücklich den Todesstoß[59]: "Die Kenntniß des Erwerbers eines Grundstücks von einem ältern Rechtsgeschäft, welches für einen Anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstücks begründet, steht dem Eigenthums-Erwerb nicht entgegen." Wie beim Eigentumserwerb wurde auch beim Erwerb beschränkt dinglicher Rechte das jus ad rem vollständig ausgeschaltet; § 15 EEG enthielt eine dem § 4 entsprechende Vorschrift.

b) Die vorläufigen Eintragungen.

Was die Regelung der vorläufigen Eintragungen in den Gesetzen von 1872 anlangt, so ist zunächst zu sagen, daß sie nicht mehr Protestationen, sondern einheitlich Vormerkungen hießen. Dabei muß betont werden, daß der Begriff Vormerkung inhaltlich keineswegs mit dem unseres BGB übereinstimmte, sondern vor allem den Widerspruch im heutigen Sinne mit umfaßte. Das Institut wies jedoch gegenüber der Protestation des älteren Rechts zwei grundlegende Neuheiten auf: einmal konnte die Vormerkung nunmehr auch aufgrund einer Bewilligung des betroffenen Eigentümers eingetragen werden, zum anderen wurde jetzt eindeutig die vorläufige Sicherung einer erst für die Zukunft in Aussicht genommenen Rechtsänderung anerkannt.[60] Wirkungen und Rechtsnatur dieser in die Zukunft weisenden Vormerkung waren umstritten. In der Hauptsache beschäftigte sich die damalige Juristenwelt mit der Hypothekenvormerkung, deren Rangwirkung in § 22 Abs. 3 EEG positiv rechtlich niedergelegt war. Die h.M. sah in dieser Vorschrift den Ausfluß der vom Gesetzgeber verfolgten Tendenz, dem Vorgemerkten eine Rechtsstellung einzuräumen, die es ihm ohne viel Umstände ermöglichte, in den Genuß des Vollrechts zu gelangen. Sie

---

58) Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. I, S. 513.

59) Siehe dazu Achilles, Preußische Gesetze, S. 89 f.

60) §§ 8, 9, 16, 22 EEG.

knüpfte daher an die Lehre zur alten protestatio an und räumte dem Hypothekenvorgemerkten die Stellung eines bedingt berechtigten Hypothekars ein. Die aufschiebende Bedingung bestand dabei in dem unzweifelhaften Nachweis des auf Einräumung der Hypothek gerichteten obligatorischen Anspruchs. Dieser Beweis wurde vor allem in der Feststellung des Anspruchs in einem Gerichtsverfahren, aber auch z.B. in der Zustimmung des Schuldners zur Eintragung der Hypothek gesehen. War die Bedingung eingetreten, so verwandelte sich nach dieser Auffassung die Hypothekenvormerkung ipso jure in eine Hypothek, ohne daß es einer Umschreibung im Grundbuch bedurfte; insbesondere konnte der Gläubiger nunmehr die Hypothekenklage erheben, und sein Recht mußte in der Zwangsversteigerung und im Konkurs als Hypothek berücksichtigt werden.[61]

Daß sich eine h.M. in der dargelegten Weise bilden konnte, daß insbesondere der vorgemerkte Gläubiger ohne entsprechende Eintragung im Grundbuch unter der genannten Voraussetzung als vollberechtigter Hypothekar betrachtet wurde, muß uns

---

61) Vgl. in diesem Sinne Achilles, Preußische Gesetze, S. 188; Bendix, Die Legitimation zur Bewilligung der Umschreibung einer Vormerkung in eine Hypothek im Falle eines Eigenthumswechsels, Gruch. Beitr 32, 345 ff. (348); Borchardt, Die Vormerkung des heutigen gemeinen Preußischen Immobiliarrechts, Berliner Diss. 1887, S. 20 ("Die Vormerkung schafft und repräsentiert ein bedingtes Pfandrecht, bedingt durch die Beseitigung des der definitiven Pfandrechtseintragung entgegenstehenden Hindernisses, d.h. durch die, sei es gerichtliche, sei es außergerichtliche Liquidestellung des einstweilen nur glaubhaft gemachten Pfandrechtstitels"); Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. I, S. 429; Kindel, Die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung, Gruch Beitr 24, 651; Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Ober-Tribunals auf dem Gebiete des Civilrechts, Bd. III, Berlin 1891; Fußn V zu Nr. 283 a, S. 537; KGJ 10, 120 ("Der Ausführung der weiteren Beschwerde, daß nach dem gegenwärtigen Recht die ... eingetragene Vormerkung dem Gläubiger ein bedingtes Pfandrecht gewähre, bedingt durch die Rechtsbeständigkeit seiner Forderung, ist beizupflichten"); 16, 143 ("In Frage steht eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf eine Hypothek; damit ist dem Gläubiger ein bedingtes Realrecht erworben. An der Stelle, an welcher der vorläufige Vermerk sich befindet, kann er mit allen Rechten eines Hypothekengläubigers den durch den Vermerk gesicherten Anspruch geltend machen, vorausgesetzt nur, daß er das Bestehen des Anspruchs nachzuweisen vermag"); RGZ 3, 316. Nur unerheblich weicht von der h.M. ab Eccius in Förster - Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. III, S. 563, der im Nachweise des Anspruchs auf Hypothekenbestellung keine echte Bedingung, sondern eine conditio juris erblickt.

heute bei dem klaren Wortlaut des § 18 EEG ("Das Recht der Hypothek und der Grundschuld entsteht durch die Eintragung im Grundbuch") befremden, zumal auch § 22 Abs. 3 EEG von einer "endgültigen Eintragung" sprach. Es war eine glatte, nur als historische Reminiszenz der alten protestatio verständliche, Unterstellung der h.M., wenn sie behauptete, die "endgültige Eintragung" in § 22 Abs. 3 EEG habe lediglich Beweiswert, nicht aber konstitutive Bedeutung für die Entstehung der Hypothek.

Die herrschende Ansicht ist denn auch nicht unwidersprochen geblieben. Bemerkenswert ist, daß das Reichsgericht, bevor es mit dem großen Strom schwamm, [62] in RGZ 1, 385 einen am Gesetzeswortlaut orientierten Standpunkt eingenommen hat. Wörtlich wird in der zitierten Entscheidung ausgeführt: "Einige Zeit nachher ist nun die Vormerkung eingetragen. Hierdurch erlangte Implorantin die Sicherung der Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen für die endgültige Eintragung ihrer Forderung, nicht aber ein Hypothekenrecht. Dieses konnte nur durch die endgültige Eintragung entstehen. A.a.O. [63] §§ 22, 18". Und: "Weigert also Implorat die Bewilligung der endgültigen Eintragung, so kann sie die Hülfe des Prozeßrichters in Anspruch nehmen. Ein Hypothekenrecht aber hat sie nicht, mithin auch keine dingliche Klage, wie sie erhoben ist." [64]

Als profilierte Gegner der h.M. sind in der Literatur T h i e l e [65] und M e i b o m [66] hervorzuheben. T h i e l e [67] lehnte die Lehre von der bedingten Hypothek vollständig ab. Wie das RG stand er auf dem Standpunkt, die Hypothek komme als Vollrecht erst durch ihre Eintragung ins Grundbuch zustande. Die Klarstellung des obligatorischen Anspruchs auf Einräumung der Hypothek sei zwar unerläßliche

---

62) Vgl. die in der vorhergehenden Fußn genannte Entscheidung.

63) Gemeint ist das EEG.

64) A.a.O., S. 385/6.

65) Die Vormerkung wegen eines Geldanspruchs nach heutigem Recht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe, Gruch Beitr 37, 643 ff.

66) Der Immobiliararrest im Geltungsbereiche der deutschen Civilprozeßordnung, AcP 72, 400 ff.

67) A.a.O.

Voraussetzung dafür, daß diese Eintragung erfolge, beileibe aber keine Bedingung im echten Sinne, sondern allenfalls eine conditio juris. Die Vormerkung habe nichts zu tun mit dem von ihr vorbereiteten Recht, sondern sei ein dingliches Recht des Inhalts, daß jeder später eingetragene Gläubiger sich gefallen lassen müsse, daß der Vorgemerkte, wenn er eine endgültige Eintragung erlange, ihm vorgehe. Auch M e i b o m [68] distanzierte sich der Sache nach von der Auffassung der h.M. Im Gegensatz zu einer bedingten Hypothek, die auch als solche ins Grundbuch eingetragen sei, entstehe aufgrund einer Hypothekenvormerkung nicht ipso jure mit Hinzutritt eines noch fehlenden Rechtselements ein unbedingtes Recht; vielmehr sei hierzu nach § 18 EEG immer noch die Eintragung des Vollrechts erforderlich. Einen Anspruch darauf gewähre die Vormerkung in Gestalt einer obligatio in rem scripta gegen jeden Erwerber des Grundstücks, auf dem die Vormerkung hafte. Vom rechtstheoretischen Standpunkt aus hat sich auch J h e r i n g [69] zur Vormerkung [70] geäußert. Er erblickte ihr Wesen in der Herbeiführung einer passiven Gebundenheit des von ihr Betroffenen. Das Recht, um dessen Vormerkung es sich handle, sei zur Zeit noch nicht existent, seine Voraussetzungen in der Person des Berechtigten noch nicht eingetreten oder nachgewiesen. Gleichwohl aber äußere die Vormerkung ganz dieselben negativen Wirkungen wie das existente Recht. Das bedeute aber nichts anderes, als daß in Gestalt der Vormerkung die passive Seite des Rechts der aktiven vorausgehe.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Literatur und Rechtsprechung der Vormerkung des preußischen Rechts, soweit sie der Sicherstellung von in der Zukunft liegenden Rechtsänderungen diente, keineswegs immer gerecht geworden sind. Insbesondere hat die herrschende Auffassung von der Vormerkung als eines bedingt dinglichen Rechts verkannt, daß die Gesetze von 1872 mit der Einführung des Buchsystems der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch offensichtlich konstitutive Kraft

---

68) A.a.O.

69) Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte, Dogmat Jahrb 10, 488 f.

70) Auch zu der des preußischen Rechts.

beigelegt haben; die Eintragung des Vollrechts konnte unter keinen Umständen ersetzt werden durch eine bloß vorläufige Einschreibung. Allerdings muß der damaligen Literatur und Rechtsprechung zugute gehalten werden, daß sie nicht auf eine so vollständige Regelung der Vormerkungswirkungen zurückgreifen konnten, wie sie heute in §§ 883, 884 und 888 BGB enthalten ist.

II In anderen Partikularrechten.

Wie die Ausführungen unter I gezeigt haben, wurden die Funktionen, die heute dem Widerspruch und der Vormerkung zugewiesen sind, im preußischen Recht von einem Institut - im älteren Recht von der Protestation, im jüngeren von der Vormerkung - wahrgenommen. Die grundverschiedenen Aufgaben der vorläufigen Eintragungen - Schutz gegen die Gefahren des öffentlichen Glaubens des Buchs und Schutz gegen die Gefahren der Verfügungsfreiheit des Schuldners trotz obligatorischer Bindung - wurden zuerst im bayerischen und später auch im württembergischen Recht äußerlich getrennten Instituten zugewiesen. [71] Aus diesem Grunde sollen die vorläufigen Einschreibungen dieser Partikularrechte im folgenden kurz dargestellt werden. [72]

1. Im bayerischen Recht.

a) Die Grundsätze des bayerischen Liegenschaftsrechts.

Wie das preußische Recht vor 1872 stand auch das bayerische Liegenschaftsrecht aufgrund des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 auf dem Boden des Pfandbuchsystems. [73] Und wie

---

71) Biermann, a.a.O., S. 56.

72) Auch im sächsischen BGB vom 2. Januar 1863 fand sich eine Zweiteilung der vorläufigen Eintragungen in Verwahrung und Vormerkung. Eine Darstellung des sächsischen Rechts erübrigt sich jedoch, da es nichts wesentlich Neues brachte. In einem Punkte war es sogar ausgesprochen rückschrittlich: § 143 sächs. BGB ordnete als Wirkung der Verwahrung eine Grundbuchsperre an. Vgl. zum sächsischen Recht im einzelnen Biermann, a.a.O., S. 45 ff.

73) Vgl. Biermann, a.a.O., S. 31; Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 2. Teil, 2. Hälfte, S. 52; Regelsberger, Das Bayerische Hypothekenrecht. Erste Abteilung, Leipzig 1874 (Bd. III des Deutschen Hypothekenrechts nach den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten, herausgegeben von Viktor von Meibom), S. 44 ff.

das ältere preußische Recht kannte auch das bayerische Gesetz von 1822 den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches. [74]

b) Die vorläufigen Eintragungen.

Die vorläufigen Einschreibungen des bayerischen Rechts waren die Protestation und die Vormerkung. [75]

α) Die Protestation.

Ihre Funktion ergab sich schon eindeutig aus ihrer Stellung im Gesetz unmittelbar im Anschluß an die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb. Sie sollte den in Wahrheit Berechtigten, aber nicht ins Buch Eingetragenen gegen die Gefahren des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches schützen, § 27 HypG. Die Wirkungen der Protestation bestimmte § 28 HypG dahingehend, daß von ihrer Eintragung an "nichts zum Nachtheil des Rechts geschehen kann, dessen Sicherung durch die Protestation bezielt wurde." Aus Satz 2 der Vorschrift ergibt sich, daß dieser Zweck nicht mit Hilfe des groben Mittels der Grundbuchsperre erreicht wurde; vielmehr waren weitere Eintragungen durchaus zulässig, jedoch dem Protestanten gegenüber unwirksam. Die Bestimmung enthielt also einen interessanten Ansatzpunkt der Lehre von der relativen Unwirksamkeit. Hervorzuheben ist weiter, daß wenn die Eintragung des Vollrechts erfolgte, diese auf den Zeitpunkt der Eintragung der Protestation zurückwirkte, § 29 Abs. 2 HypG.

β) Die Vormerkung.

Da nach dem Pfandbuchsystem der Bucheintrag nur für die Hypothekenbestellung konstitutiver Akt war, alle

---

74) Vgl. §§ 24 ff. HypG. Über die aus der Koppelung des Pfandbuchsystems mit dem Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Buches entspringenden Gefahren vgl. oben I 1 a.

75) Über die nicht ganz konsequent eingehaltene Terminologie des Gesetzes vgl. Biermann, a.a.O., S. 31. Es kann jedoch trotz dieser Unebenheiten im Sprachgebrauch kein Zweifel bestehen, daß die beiden Institute vom Gesetzgeber auseinandergehalten wurden; siehe dazu Regelsberger, a.a.O., S. 294 u. 296.

anderen Rechte dagegen außerhalb des Buches begründet wurden, kannte das bayerische Recht lediglich die Vormerkung des obligatorischen Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek, § 30 HypG. Die Wirkungen der Hypothekenvormerkung regelte das bayerische Recht eingehender als selbst das spätere preußische: "Die Vormerkung hat die rechtlichen Wirkungen einer eingetragenen Hypothek nicht, sondern dient blos zur Verwahrung des Rechts auf Erwerbung der Hypothek an der Stelle, wo die Forderung vorgemerkt ist", § 30 Abs. 2 HypG. Wegen der Einzelheiten der Vormerkungswirkung verwies § 30 Abs. 3 S. 1 HypG auf die für die Protestation geltenden Vorschriften, d.h. daß vormerkungswidrige Verfügungen dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam waren. [76] Schließlich bestimmte § 30 Abs. 3 S. 2 unter Abweichung von dem in § 21 HypG [77] niedergelegten Grundsatz der notwendigen Eintragung der Hypothek, daß sich die Hypothekenvormerkung nach Hebung der der endgültigen Eintragung entgegenstehenden Mängel ohne Umschreibung rückwirkend in eine Hypothek verwandelte. Angesichts dieser eindeutigen Rechtslage kann der einhelligen Meinung [78] im damaligen bayerischen Schrifttum, die Hypothekenvormerkung stelle eine bedingte Hypothek dar, nur zugestimmt werden. Obwohl für die Entstehung des Vollrechts nicht unbedingt erforderlich, konnte selbstverständlich eine Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek erfolgen. Die hierzu erforderliche Zustimmung mußte der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks erteilen, gleichgültig, ob er der ursprünglich zur Hypothekenbestellung obligatorisch Verpflichtete war.

2. Im württembergischen Recht.

a) Die Grundsätze des württembergischen Liegenschaftsrechts.

Das württembergische Pfandgesetz [79] vom 15. April 1825 war

---

76) Vgl. den oben α) angeführten § 28 S. 2 HypG.

77) "Die Hypothek als dingliches Recht, wird durch die förmliche Eintragung in das öffentliche und unter amtlichem Glauben geführte Hypothekenbuch erworben ....." .

78) Vgl. z.B. Regelsberger, a.a.O., S. 307.

79) Auch in Württemberg herrschte das Pfandbuchsystem.

dem bayerischen HypG ziemlich genau nachgebildet. [80] Eine Besonderheit des württembergischen Liegenschaftsrechts bestand darin, daß es nicht nur das dem bayerischen Hypothekenbuch entsprechende Unterpfandsbuch, sondern darüber hinaus ein Güterbuch und Vertragsbuch, auch Kauf- oder Contractsbuch [81] genannt, kannte. Die Güterbücher, ursprünglich Steuerbücher der Gemeinden, erhielten, wie sich W ä c h t e r [82] ausdrückt, "in Folge der Pfandgesetzgebung eine sehr ausgedehnte und zum Theile gefährliche Wichtigkeit für die Privatrechte, indem sie die Grundlage für die Berechtigung zur Verpfändung wurden und die Bestimmung einer sehr weit greifenden Sicherstellung gewisser Rechte erhielten." [83] Die Vertragsbücher dienten zwar anfänglich ausschließlich der Eintragung von obligatorischen Verträgen über die Veräußerung und dingliche Belastung von Liegenschaften, [84] doch wuchs ihnen mit Schaffung des PfandG Bedeutung für die dingliche Rechtslage von Liegenschaften insofern zu, als sie die Stelle der Güterbücher in den Gemeinden zu vertreten hatten, die noch keine Güterbücher angelegt hatten. [85] Allen drei Büchern - dem Vertragsbuch selbstverständlich nur im dargelegten Umfange - legte das PfandG zugunsten des Unterpfandserwerbers öffentlichen Glauben bei, Art. 61 ff., insbes. Art. 64 Art. 15 des sogen. Pfandentwicklungsgesetzes [86] dehnte die Möglichkeit des Erwerbs aufgrund guten Glaubens an den Inhalt der Bücher aus auf das Eigentum und alle beschränkt dinglichen Grundstücksrechte.

b) Die vorläufigen Eintragungen.

Auch was die vorläufigen Eintragungen anlangt, stellte das württembergische PfandG, abgesehen von terminologischen Ab-

---

80) Wächter, Geschichte, Quellen und Literatur des Württembergischen Privatrechts. Erste Abtheilung, Stuttgart 1839, S. 973.

81) Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. II, Stuttgart 1842, S. 367, 374.

82) Handbuch, Bd. II, S. 369.

83) Siehe Art. 56 ff. PfandG.

84) Wächter, Handbuch, Bd. II, S. 374.

85) Siehe dazu insbes. Art. 58 PfandG und Wächter, a.a.O., S. 380 f.

86) Gesetz vom 21. Mai 1828, die vollständige Entwicklung des neuen Pfandsystems betreffend.

weichungen, ein getreues Abbild seines bayerischen Vorläufers dar.

α) Die Verwahrung.

Dem Schutz gegen die aus dem öffentlichen Glauben der drei Bücher fließenden Gefahren diente die V e r w a h r u n g [87]. Die Eintragung der Verwahrung erfolgte jeweils in dem Buch, von welchem dem Berechtigten Gefahr drohte, Art. 160 PfandG.
Zur Wirkung der Verwahrung sagte Art. 76 PfandG: "Diese Verwahrung hat die Wirkung, daß, so lange sie nicht gelöscht ist, der Besitzer des Grundstücks eine, jenem Anspruche nachtheilige, Verfügung bloß bedingt vorzunehmen befugt ist, und daß die Gültigkeit der Letzteren davon abhängt, ob zu Gunsten des Protestierenden oder zu dessen Nachtheil eine rechtskräftige Entscheidung über seinen Anspruch erfolgt." Art. 77, 78 legten dieser Entscheidung rückwirkende Kraft bei; fiel sie zugunsten des sich Verwahrenden aus, so wurden alle inzwischen vorgenommenen nachteiligen Verfügungen unwirksam; erwies sich die Verwahrung als nicht gerechtfertigt, so wurden die während ihrer Eintragung bestellten Rechte als von Anfang an vollwirksam angesehen. Ein Ergebnis, das uns heute auch ohne umständliche gesetzliche Regelung selbstverständlich erscheint: Ist ein Widerspruch gerechtfertigt, so kommt ein Erwerb vom Nichtberechtigten unter keinen Umständen, auch nicht für die Zeit der Unklarheit hinsichtlich des behaupteten Rechts, in Betracht; ist er ungerechtfertigt, so erlangt der Erwerber sein Recht sofort, und zwar vom Berechtigten.

β) Die Vormerkung.

Auch das württembergische Recht kannte lediglich die V o r m e r k u n g des obligatorischen Anspruchs auf Bestellung eines Unterpfandes, Art. 79 Abs. 2 S. 1 PfandG. Wie die Vormerkung des bayerischen stellte auch die des württembergischen Rechts eine bedingte Hypothek dar.

---

87) Vgl. Art. 75, 84 II, 87 PfandG.

§ 3

Die Vorarbeiten zum BGB und ihre Ergebnisse.

I Die Beratungen der ersten Kommission und ihr Niederschlag im Entwurf I vom 31.1.1888. [88]

1. Der grundsätzliche Standpunkt der Kommission zum Verhältnis von Schuld- und Sachenrecht.

Die Schöpfer des BGB vertraten den Standpunkt einer scharfen Scheidung von Schuld- und Sachenrecht. Folglich erteilten sie auch der Vermischung schuld- und sachenrechtlicher Elemente beim Erwerb dinglicher Rechte, insonderheit also der Lehre vom titulus und modus acquirendi des preußischen ALR, eine deutliche Absage. Das Sachenrecht als gegenüber dem Schuldrecht völlig abgeschlossene Materie sollte auch hinsichtlich des Rechtserwerbs auf selbständige Beine gestellt werden. [89] Für die Übernahme eines dem jus ad rem des preußischen ALR entsprechenden, zwischen obligatorischem und dinglichem Recht stehenden Instituts war bei dieser Grundkonzeption kein Raum.

2. Die Einstellung der Kommission zur vormerkungsmäßigen Sicherung obligatorischer Ansprüche.

Der 1. Kommission erschien auch der Gedanke der Ausstattung eines obligatorischen Anspruchs mit gewissen dinglichen Wirkungen im Wege seiner Verlautbarung im Grundbuch als ketzerisch. Obwohl sonst ständig auf die preußischen Gesetze vom 5. Mai 1872 pochend, lehnte es daher die Mehrheit der Kommission ab, die Vormerkung des EEG [90] auch insoweit zu übernehmen, als sie der Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche auf dingliche Rechtsänderungen diente. Neben dem ganz allgemeinen Hinweis auf eine Verwischung der unter allen Umständen einzuhaltenden scharfen Grenzen zwischen Schuld- und Sachenrecht waren die Erwägungen gegen

---

88) Datum der Veröffentlichung; fertiggestellt wurde der E I bereits Ende 1887; vgl. Enneccerus - Nipperdey, Allgem. Teil § 12 II.

89) Mot. III, S. 1, 3, 6 f.

90) Vgl. oben § 2 I 2 b.

eine Übernahme dieses Instituts folgende: [91]
Da man sich die vorläufige Sicherstellung obligatorischer Ansprüche im Anschluß an die zu den genannten Partikularrechten herausgebildete Doktrin [92] nur in der dogmatischen Gestalt eines bedingt dinglichen Rechts vorstellen konnte, befürchtete man eine Durchlöcherung einmal des Eintragungsprinzips - Entstehung des Vollrechts ohne Eintragung bei Hebung der der Verwirklichung des obligatorischen Anspruchs entgegenstehenden Hindernisse - und zum anderen eine Verletzung des in § 128 E I niedergelegten Grundsatzes der Ex-nunc-Wirkung des Bedingungseintritts.
Als nicht stichhaltig wurde das Argument zurückgewiesen, der Eintragungsgrundsatz bringe für den Gläubiger einer liegenschaftlichen Rechtsänderung unerträgliche Gefahren mit sich. In Wahrheit sei nämlich die Ursache dieser Gefährdung gar nicht das Eintragungsprinzip, sondern der allgemeine Grundsatz des Entwurfs, daß obligatorische Rechte nur gegen den Verpflichteten wirkten. Dieselben Gefahren drohten auch demjenigen, der Anspruch auf Verschaffung eines Fahrnisrechts habe. In beiden Fällen gewähre die ZPO in Form des Arrests und der einstweiligen Verfügung dem Gläubiger hinreichenden Schutz. Würde im Immobilienrecht in Gestalt der Vormerkung ein weiterer Schutz geschaffen, nur weil die Grundbucheinrichtung Gelegenheit dazu biete, so würde das eine systemwidrige Bevorzugung des Gläubigers darstellen.
Schließlich wurde darauf aufmerksam gemacht, die Vormerkbarkeit schuldrechtlicher Ansprüche könne zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkurse des Schuldners führen.
Die 1. Kommission beschränkte sich aus diesen Gründen darauf, in § 844 eine Vormerkung zum Schutze bereits bestehender (dinglicher) Rechte in den Entwurf aufzunehmen. [93] Sie sollte ausschließlich die Funktion des heutigen Widerspruchs haben, also dem Schutz des materiell Berechtigten gegen die aus dem öffentlichen Glauben des

---

91) Vgl. zu den nachstehenden Ausführungen insbes. Mot. III, S. 240 f.

92) Vgl. oben § 2 I 1 b, 2 b; II 1 b β, 2 b β.

93) Vgl. insbes. Mot. III, S. 239.

Grundbuchs [94] fließenden Gefahren dienen; vgl. § 844 II E I. [95] Man kann heute der 1. Kommission ihr Bemühen um eine scharfe Scheidung schuld- und sachenrechtlicher Elemente auch im Bereich der vorläufigen Eintragungen nur als Verdienst anrechnen. Denn dadurch wurde von vornherein der Gefahr einer Vermengung der grundverschiedenen Arten vorläufiger Rechtssicherung, die später als Widerspruch und Vormerkung in das BGB Eingang gefunden haben, vorgebeugt.

II Die Beratungen der zweiten Kommission und ihr Niederschlag im Entwurf II von 1898. [96]

Einigkeit bestand in der 2. Kommission über die Beibehaltung der von der 1. Kommission geschaffenen Vormerkung zum Schutze bestehender dinglicher Rechte. [97]
Der Gedanke einer buchmäßigen Sicherstellung obligatorischer Rechte wurde auch von der 2. Kommission keineswegs überschwenglich begrüßt. Ihre Bedenken dagegen waren im wesentlichen dieselben wie die der 1. Kommission; insbesondere witterte man auch jetzt in der Vormerkung schuldrechtlicher Ansprüche eine Neuauflage des aus grundsätzlichen dogmatischen Gründen so gefürchteten jus ad rem. [98] Außerdem wurde vom praktischen Standpunkt aus die Befürchtung geäußert, durch die Zulassung der Vormerkung würde das Grundbuch mit Eintragungen überfüllt, die entweder nicht von Bestand seien oder sich überhaupt nicht für eine Eintragung eigneten. [99]
Daß überhaupt die Übernahme einer Vormerkung zum Schutze obligatorischer Ansprüche in den E II beantragt wurde, ist vornehm-

---

94) §§ 837, 838 E I; die Vorschriften entsprechen den heutigen §§ 892, 893 BGB mit der Besonderheit, daß § 837 auch den gutgläubigen Erwerb in der Zwangsvollstreckung als möglich ansah.

95) "Soweit durch die Vormerkung der Richtigkeit des Grundbuches widersprochen wird, finden die Vorschriften des § 837 Abs. 1 und des § 838 keine Anwendung."

96) Der E II wurde bereits Ende Oktober 1895 dem Bundesrat vorgelegt, aber erst 1898 veröffentlicht; vgl. Enneccerus - Nipperdey, Allgem. Teil § 12 III.

97) Prot. III, S. 110 f.

98) Prot. III, S. 113.

99) Prot. III, S. 113.

lich der Initiative des damaligen preußischen Justizministers zu danken. [100] Von den verschiedenen in diese Richtung gehenden Anträgen ist der dritte hervorzuheben, der zwischen Vormerkung und Widerspruch unterschied; der Sicherstellung obligatorischer Ansprüche sollte ausschließlich die Vormerkung, dem Schutz bereits bestehender dinglicher Rechte ausschließlich der Widerspruch dienen. [101] Dem Antragsteller ist es zu danken, daß die saubere dogmatische Arbeit der 1. Kommission auch in einem Recht Früchte tragen konnte, dessen Schöpfer sich schließlich doch für die grundbuchmäßige Sicherstellung auch bloß schuldrechtlicher Ansprüche entschieden: Unebenheiten und Überschneidungen im Bereiche der vorläufigen Eintragungen wurden für das BGB vermieden; ganz zu schweigen von dem Fortschritt gegenüber dem preußischen Recht, das die beiden verschiedenen Arten vorläufiger Einschreibungen unter einem Begriff zusammenfaßte und damit der wissenschaftlichen Durchdringung der Materie nicht eben förderlich war. [102]

Entscheidend für den Entschluß der Kommissionsmehrheit, die Vormerkung [103] in den E II zu übernehmen, waren ausschließlich praktische Erwägungen: Da man mit dem Institut insbesondere im preußischen Recht, aber auch in den anderen Partikularrechten, gute Erfahrungen gemacht hatte, glaubte man, im BGB nicht darauf verzichten zu können. Das ist in den Protokollen deutlich ausgesprochen: Ob die Entwicklung in den Partikularrechten "überall auf richtigen Gründen beruhe, könne dahin gestellt bleiben; die Tatsache, daß sich eine solche Praxis gebildet habe, beweise jedenfalls, daß ein Bedürfnis für die Zulassung der Vormerkung vorliege." [104]

Es ist wiederum dem erwähnten Antragsteller [105] zu danken, daß trotz der auf rein praktischen Erwägungen beruhenden Kapitulation der Kommissionsmehrheit vor der ursprünglich so gefürchteten Vormerkung auf eine rechtstechnische Ausgestaltung des In-

---

100) Prot. III, S. 111.

101) Prot. III, S. 111.

102) Vgl. oben § 2 I 1 b und 2 b. Herbe Kritik der preußischen und Lob der Lösung des BGB findet sich bei Heinrich, Vormerkung, S. 55, Philipsen, Vormerkung, S. 24 und Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 67 (Fußn 1).

103) Der Begriff wird fortan als technischer i.S. des jetzigen § 883 I BGB verwendet.

104) Prot. III, S. 114.

105) Sein Name ist leider - soweit ersichtlich - nicht überliefert.

stituts, insbesondere was seine Wirkungen anlangt, nicht vollständig verzichtet wurde. Dem grundsätzlichen Unterschied zwischen der Sicherstellung bereits bestehender und erst in Vorbereitung befindlicher dinglicher Rechte entsprechend wies er vor allem darauf hin, daß die Vormerkung im Gegensatz zum Widerspruch nur relativ zugunsten desjenigen wirke, dessen Recht geschützt werden solle. Ferner bedürfe es der Hervorhebung im Gesetz, daß nur die Eintragung der Vormerkung für den Rang des vorgemerkten Rechts entscheidend sei, wogegen es beim Widerspruch allein auf den Entstehungszeitpunkt des verlautbarten Rechts ankomme. Schließlich sei zu berücksichtigen, daß auch im Konkurse ein Unterschied zwischen Vormerkung und Widerspruch insoweit bestehe, als im ersten Fall der Konkursverwalter ein dingliches Recht erst noch einräumen müsse, während er im zweiten ein solches nur anzuerkennen brauche. [106]

Diese Gedanken fanden ihren Niederschlag in §§ 803 - 806 E II, die im wesentlichen den heutigen §§ 883 ff. BGB entsprachen; außerdem sah die Kommission die Einführung eines § 19 c KO vor, der den Rechtsgedanken des heutigen § 24 KO enthielt. Zwar stellt die Regelung der vorläufigen Eintragungen im E II und damit auch im BGB einen beträchtlichen Fortschritt gegenüber den partikularrechtlichen Vorläufern insofern dar, als einmal scharf zwischen Vormerkung und Widerspruch unterschieden und zum anderen die Vormerkbarkeit aller obligatorischen Ansprüche auf dingliche Rechtsänderungen anerkannt wird. Gleichwohl muß gesagt werden, daß in der 2. Kommission keineswegs Einigkeit über die dogmatische Einordnung und die Rechtsnatur des neu geschaffenen Instituts bestand. Soweit man sich über diese Fragen überhaupt Gedanken machte, beschränkte man sich auf Äußerungen ganz allgemeiner Art. Von einer Seite wurde die Vormerkung als ein qualifiziertes Veräußerungsverbot, von der anderen als resolutiv und von der dritten als suspensiv bedingtes Recht bezeichnet. [107] Über die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Grundstücksrechts findet sich in den Protokollen überhaupt keine Äußerung. Die Gesetzesmaterialien lassen in diesem Punkte jeden historischen Auslegungsversuch von vornherein scheitern. Kaum ein Ausspruch der Schöpfer des BGB hat sich denn auch so sehr bewahrhei-

---

106) Prot. III, S. 112.

107) Prot. III, S. 112.

tet wie der auf S. 112 der Protokolle festgehaltene: "Im Einzelnen könnte allerdings eine Reihe von Zweifeln und Schwierigkeiten in der Richtung entstehen, welche Wirkung der Vormerkung beizulegen sei."

2. Teil

Die gesetzliche Regelung der Vormerkung im BGB und die aus ihr ersichtlichen Grundzüge des Instituts.

Vorbemerkung.

Die gesetzlichen Vorschriften im Recht der Vormerkung sind sehr spärlich. Neben der gesetzgeberischen Grundentscheidung in § 883 I BGB, daß Ansprüche auf dingliche Rechtsänderungen durch Vormerkung gesichert werden können, sind lediglich die Vormerkungswirkungen relativ vollständig umschrieben. Im übrigen haben wir ein ausgedehntes Lückengebiet vor uns. [108] Bereits die Tragweite des die Bestellung der Vormerkung regelnden § 885 BGB ist keineswegs eindeutig und war deshalb ständig umstritten. Völlig unzureichend ist auf der anderen Seite die Normierung der Gründe für das Erlöschen der Vormerkung; der Gesetzgeber hat wahllos zwei davon herausgegriffen und in §§ 886 und 887 BGB geregelt. Vorschriften über die Übertragung der Vormerkung und ihre Unterwerfung unter die Bestimmungen des allgemeinen Grundstücksrechts fehlen überhaupt.
Diese Erkenntnisse ermuntern zwar nicht zu einer selbständigen Darstellung der gesetzlich normierten Bereiche der Vormerkung, denn es liegt dabei die Gefahr nahe, in eine systemlose Aneinanderreihung der zum Teil sehr heterogenen Vorschriften abzugleiten. Dieser Versuchung wollen die folgenden Ausführungen dadurch aus dem Wege gehen, daß sie sich einmal auf die Darstellung der ziemlich erschöpfend geregelten Vormerkungswirkungen und zum andern auf die Herausarbeitung der ohne weiteres aus dem Gesetz zu entnehmenden Grundkonzeption der Vormerkung beschränken. Überdies kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden, daß ein Verzicht auf diese Darstellung die noch größere

---

108) Vgl. Heck, Sachenrecht § 47 III.

Gefahr [109] mit sich brächte, die Lücken ohne Rücksicht auf die in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck kommenden Grundzüge der Vormerkung mit Hilfe einer vorgefaßten Schablone von der Rechtsnatur des Instituts auszufüllen, die doch ihrerseits sinnvollerweise auch nur im Einklang mit dem Gesetz bestimmt werden kann.

§ 4

Die Sicherungswirkung der Vormerkung.[110]

Gemäß § 883 II BGB sind nach Eintragung einer Vormerkung erfolgende Verfügungen insoweit unwirksam, als sie die Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs [111] vereiteln oder beeinträchtigen [112] würden.
Bei der Lektüre des § 883 II tauchen sofort zwei Fragen auf: In welcher Weise gewährleistet die Vormerkung den Schutz obligatorischer Ansprüche ? (Mittel der Sicherungswirkung). Und: Welcher Art sind die Rechtsminderungen im Schuldnervermögen, gegen deren nachteilige Wirkungen die Vormerkung den Gläubiger schützt ? (Reichweite der Sicherungswirkung).

I Die Mittel der Sicherungswirkung.

1. Die gegenständlich beschränkte Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen.

Bereits aus der Fassung des § 883 II ergibt sich, daß Verfügungen,

---

109) Siehe dazu bereits Sekler, Vormerkung, S. 111.

110) Teilweise wird auch von der Elisionskraft oder -wirkung der Vormerkung gesprochen; vgl. z.B. Reichel, Vormerkung, S. 108; Staudinger - Seufert § 883 Randn 42.

111) Zutreffend haben bereits Othmer, Vormerkung, S. 3 und Reichel, Vormerkung, S. 108 darauf aufmerksam gemacht, daß die im Text gewählte Ausdrucksweise korrekter sei als die des Gesetzes, denn nicht der Anspruch als solcher, sondern nur seine Verwirklichung könne durch vormerkungswidrige Verfügungen beeinträchtigt werden.

112) Beeinträchtigt wird die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs durch solche Verfügungen, welche die Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs zwar nicht verhindern, aber die Bedeutung der durch

die nach Eintragung der Vormerkung über das von ihr betroffene Recht erfolgen, nicht schlechthin unwirksam, sondern in ihrer Unwirksamkeit vom gesicherten Anspruch her gegenständlich beschränkt sind. [113] Man spricht insoweit von einer objektiv-relativen Unwirksamkeit der vormerkungswidrigen Verfügung. Sichert also die Vormerkung einen Anspruch auf Bestellung einer 1. Hypothek, so ist die Bestellung einer 2. Hypothek an dem betreffenden Grundstück voll wirksam, da sie die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs nicht hindern oder beeinträchtigen würde.

2. Die persönlich beschränkte Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen.

a) Der Standpunkt der h.M.

Neben der sich aus § 883 II ergebenden gegenständlichen Beschränkung der Unwirksamkeit leitet die h.M. zutreffend aus § 888 I (" ... gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ...") eine weitere, von der Person des Vorgemerkten beeinflußte Einschränkung der Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen ab (persönlich-relative Unwirksamkeit).

Da die so limitierte Unwirksamkeit lediglich im Interesse des Vorgemerkten eintritt, hat er allein es in der Hand, sich darauf zu berufen [114]. Ebenso kann er auf Geltendmachung der Unwirksamkeit verzichten und in die vormerkungswidrige Verfügung seines Schuldners einwilligen oder diese genehmigen. Erlischt die Vormerkung, so wird die Verfügung zugunsten des Dritten unantastbar und vollwirksam. [115]

Über das Wesen der persönlich-beschränkten Unwirksamkeit

---

noch

112) die Vormerkung vorbereiteten Rechtsänderung schmälern würden (Sekler, Vormerkung, S. 167).
Beisp.: Belastung des verkauften Grundstücks mit einer Hypothek trotz Bestehens einer Auflassungsvormerkung.

113) Das ist unstreitig und wird selbst von Fuchs, Zur Lehre von der Vormerkung, LZ 1914, Sp. 14 eingeräumt, der, wie unten 2 b zu zeigen sein wird, die persönliche Beschränkung der Unwirksamkeit ablehnt.

114) A.A., obwohl an sich auf dem Standpunkt der persönlich-relativen Unwirksamkeit stehend, Predari, Grundbuchordnung, S. 108.

115) Vgl. RGZ 154, 367 f. (speziell zur Genehmigung); Soergel - Siebert - Baur § 883 Randn 24; Wolff - Raiser § 48 III 1.

der vormerkungswidrigen Verfügung und ihre juristische Konstruktion herrscht Streit. Es werden im wesentlichen folgende Ansichten vertreten:

a) Die Konstruktion der überwiegenden Meinung.

In der Regel bedient man sich der von der h.M. [116] zur Erklärung der relativen Unwirksamkeit nach §§ 135, 136 BGB vertretenen Konstruktion: Die vormerkungswidrige Verfügung ist nur gegenüber dem Vorgemerkten unwirksam, im Verhältnis zu jedem Dritten dagegen voll wirksam. M.a.W.: Jedem Dritten gegenüber ist der vormerkungswidrige Erwerber Inhaber des ihm übertragenen Rechts; [117] nur im Verhältnis zum Vorgemerkten ist seine Rechtsstellung null und nichtig; diesem gegenüber ist der vormerkungsbetroffene Schuldner noch unbeeinträchtigter Rechtsinhaber [118]; er ist deshalb materiellrechtlich nach wie vor in der Lage, dem Vorgemerkten das gesicherte Recht zu verschaffen. Die Zustimmungserklärung des vormerkungswidrigen Erwerbers nach § 888 I BGB hat also keinerlei materiellrechtliches Gewicht im Sinne einer Zustimmung zur Verfügung eines Nichtberechtigten nach §§ 182 ff. BGB, sondern ist lediglich grundbuchrechtlich erforderlich, um § 19 GBO Genüge zu tun. [119] Teilweise anderer

---

116) Crome, System, Bd.I, S. 350; Endemann, Lehrb., Bd. I, S. 545; Enneccerus - Nipperdey, Allgem. Teil, 2. Halbb. § 144 II 1 b; Lehmann, Allgem. Teil § 29 III 5 b; Palandt - Danckelmann § 136 Bem 2; RGR-Komm (Krüger - Nieland) § 135 Bem 1; Staudinger - Coing § 135 Randn 2; RGZ 71, 40; BGHZ 19, 359; Mot. I, S. 212: "Das zum Schutze der Interessen einzelner erlassene Veräußerungsverbot geht in seiner Wirkung nicht weiter, als dieser Schutz erfordert; absolute Nichtigkeit kann nicht die Folge sein. Die einfachste und zugleich zweckmäßigste Gestaltung ist sichtbar diejenige der relativen Unwirksamkeit; das Veräußerungsgeschäft geht seinen Weg, soweit es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch tritt, ist diesem gegenüber aber, soweit ein Widerspruch vorliegt, unwirksam."

117) Nicht zutreffend ist es daher, wenn Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 72 ff. behauptet, durch die relative Unwirksamkeit der vormerkungswidrigen Verfügung werde das Grundbuch deshalb unrichtig, weil der vormerkungswidrige Erwerber Nichtberechtigter sei. Dieser ist vielmehr - mit Ausnahme des Vorgemerkten - jedem gegenüber Vollberechtigter. Von einer Grundbuchunrichtigkeit kann allenfalls insoweit die Rede sein, als bei der Eintragung des Dritterwerbers nicht vermerkt ist, daß seine Rechtsstellung gegenüber dem Vorgemerkten nicht besteht. Aber selbst dies kommt im Grundbuch gerade dadurch zum Ausdruck, daß die Vormerkung eingetragen ist.

Ansicht ist B a u r . [120] Er nimmt an, die Zustimmung des Dritten sei in manchen Fällen lediglich grundbuchrechtlich erforderlich, in anderen komme ihr dagegen materiellrechtliche Bedeutung zu. Zu den ersten Fällen soll der gehören, daß entgegen einer Auflassungsvormerkung das betreffende Grundstück einem Dritten veräußert und dieser ins Grundbuch eingetragen wurde. In diesem Falle sei der Schuldner gar nicht mehr in der Lage, die grundbuchrechtlich erforderlichen Erklärungen allein abzugeben. Zur zweiten Gruppe soll der Fall gehören, daß trotz Bestehens einer Auflassungsvormerkung das Grundstück vom Schuldner mit Hypotheken belastet wurde. Hier soll eine materiellrechtliche Beeinträchtigung des Gläubigers erfolgt sein.

β) Abweichende Konstruktionen.

Sämtliche abweichenden Auffassungen von der Sicherungswirkung der Vormerkung sind - mögen sie untereinander in der Konstruktion noch so sehr auseinandergehen - gekennzeichnet durch die Verwerfung der Möglichkeit einer zweifachen Rechtszuständigkeit bei der relativen Unwirksamkeit. Eine Erscheinung, möge sie auch rechtlicher Art sein, könne nicht zugleich A und Non-A sein. Bezeichnend für die Richtung ist der scharfe Angriff K o h l e r s [121]: Die Ansicht der h.M. verdiene überhaupt nicht den Namen "Konstruktion". Eine Verfügung könne nicht bezüglich des einen gelten, bezüglich des anderen nicht; das Eigentum könne nicht bezüglich des einen übertragen sein, bezüglich des anderen zurückbleiben. Eine jede derartige Anschauung von Rechten,

---

118) Vgl. in diesem Sinne etwa Baur, Sachenrecht, § 20 IV 1 b und in Soergel - Siebert § 883 Randn 24; Heck, Sachenrecht § 47 II 5; Palandt - Hoche § 883 Bem 5 b; Sekler, Vormerkung, S. 173; Westermann, Sachenrecht § 84 IV 3 b; Wolff - Raiser § 48 III 1.

119) Vgl. z.B. Erman - Westermann § 888 Bem 1; Palandt - Hoche § 888 Bem 1; Westermann, Sachenrecht § 84 IV 4 b; Wolff - Raiser § 48 III 1.

120) Soergel - Siebert - Baur § 888 Randn 1.

121) Lehrb., Bd. I, S. 158 f.

die nach der einen Seite hin bestünden, nach der anderen nicht, sei unklar und nehme der Rechtsordnung alle Festigkeit und allen Halt.
Von diesem grundsätzlichen Standpunkt aus sind folgende Anschauungen des Schicksals vormerkungswidriger Verfügungen denkbar:

aa) Der vormerkungsbetroffene Schuldner verliert seine Rechtszuständigkeit mit der vormerkungswidrigen Verfügung vollständig, also auch im Verhältnis zum Vorgemerkten, gewinnt diese aber später zum Zwecke der Befriedigung desselben wieder zurück. Dieser Rückfall des vormerkungsbetroffenen Rechts ins Schuldnervermögen wird mit Hilfe einer auflösenden Bedingung erreicht: Der Erwerb des Dritten ist auflösend bedingt durch die Verwirklichung bzw. die Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs gegen den Schuldner. [122]

bb) Der Schuldner begibt sich durch die vormerkungswidrige Verfügung ein für allemal der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Rechtsmacht. Von dieser Konzeption aus sind dann folgende Möglichkeiten für die Durchsetzung des vorgemerkten Anspruchs denkbar:

αα) Der Vorgemerkte kann von seinem Schuldner überhaupt nicht mehr Befriedigung erlangen, muß sich vielmehr deswegen an den vormerkungswidrigen Erwerber wenden. [123]

ββ) Der Vorgemerkte kann sich zwar nach wie vor an den Schuldner halten. Dieser kann ihm jedoch die gewünschte Rechtsposition, da er Nichtberechtigter ist, nur aufgrund einer materiellrechtlich wirkenden Zustimmung des allein berechtigten vormerkungswidrigen Er

---

122) Vgl. dazu etwa Cosack - Mitteis, Lehrb., Bd. II, S. 93; Endemann, Lehrb., Bd. II 1. Abt., S. 416; Planck - Strecker § 883 Bem 3 aβ ; Predari, Grundbuchordnung, S. 108 f.

123) In diesem Sinne Kohler, Lehrb., Bd. II 2. Teil, S. 358 ff.

werbers verschaffen. [124]

γγ) Dem Vorgemerkten stehen die unter αα) und ββ) angeführten Möglichkeiten zur freien Wahl. [125]

b) Ablehnung der h.M.

Namentlich von F u c h s [126] wird die Auffassung vertreten, vormerkungswidrige Verfügungen seien lediglich gegenständlich-relativ, nicht aber subjektiv-relativ unwirksam. Dies hat die wichtige Folge, daß sich jedermann auf die Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen berufen kann. Zur Begründung seiner Ansicht führt F u c h s [127] im wesentlichen folgendes aus:

αα) Die Fassung des § 888 I BGB beweise nichts. Sie lasse sich vielmehr ebensowohl als Argument für wie gegen die absolute Unwirksamkeit verwerten. § 888 I wolle gar nicht den Umfang der Unwirksamkeit, sondern lediglich den Inhalt des Zustimmungsanspruchs bestimmen und

---

124) Diese Auffassung geht zurück auf Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB, 1908, ist aber bei diesem noch nicht voll ausgebildet. Er führt, a.a.O., S. 49 aus, aus der Vormerkung fließe, ebenso wie aus dem Veräußerungsverbot der §§ 135, 136 BGB, zugunsten des Berechtigten eine die vormerkungswidrige Verfügung ausgleichende Gegenwirkung, die diesen in die Lage versetze, sich wegen seiner Befriedigung an den Schuldner zu halten. Ähnlich auch Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Dogmat Jahrb 66, 265 (zu §§ 135, 136) und Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 1 e. Insbes. Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot, Königsberger Festgabe für Güterbock, 1910, S. 419, hat die Lehre Raapes weitergebildet: Die aus der Vormerkung fließende Gegenwirkung bestehe in einem obligatorischen Anspruch des Vorgemerkten nach § 888 I BGB gegen den Dritterwerber auf Einwilligung in die der Vormerkung entsprechende Verfügung des (nicht berechtigten) Schuldners. So neuerdings auch Staudinger - Seufert § 883 Randn 48.

125) So Strohal, Über relative Unwirksamkeit, Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, Wien 1911, Bd. II, S. 807 f., der sich übrigens für diese Auffassung zu Unrecht auf RGZ 53, 28 ff. beruft. Das RG bejaht (S. 31) lediglich die Frage, ob der Vorgemerkte die grundbuchrechtlich erforderliche Zustimmung des vormerkungswidrigen Erwerbers nach § 888 I schon verlangen könne, bevor er seinen materiellrechtlichen Anspruch auf Rechtsübertragung gegen seinen Schuldner geltend gemacht habe.

126) Zur Lehre von der Vormerkung, LZ 1914, Sp. 12 ff.; Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 7 a, cc, β . In diesem Sinne auch, allerdings ohne Begründung, Windscheid - Kipp, Pandekten, S. 432.

127) A.a.O. Sp. 13 f.

klarlegen, wem dieser Anspruch zustehe. Der Umfang der Unwirksamkeit werde allein durch § 883 II BGB geregelt; dort sei aber nur von der gegenständlich beschränkten Unwirksamkeit die Rede.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes lasse sich nichts für eine persönlich-relative Unwirksamkeit der vormerkungswidrigen Verfügung entnehmen. Im Gegenteil: Die zweite Kommission habe ganz bewußt in § 883 II eine von § 135 I BGB abweichende Formulierung gewählt. Hätte der Gesetzgeber beide Fälle der Unwirksamkeit gleich behandelt wissen wollen, so hätte er das durch eine etwa dem § 2113 I BGB entsprechende Formulierung des § 883 II zum Ausdruck gebracht.

c) Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten.

α) Gegen die unter 2 a, β gekennzeichneten Ansichten, die sämtliche getragen sind von dem Protest gegen eine zweifache Rechtszuständigkeit im Falle der relativen Unwirksamkeit, ist zu sagen, daß es jedem Gesetzgeber unbenommen sein muß, ihm zweckmäßig erscheinende Rechtsfiguren in sein System aufzunehmen. [128] Da offenbar bei der Handhabung der Rechtsfigur der relativen Unwirksamkeit i.S. der §§ 135, 136 BGB keine Mißstände aufgetreten sind, besteht auch keine Veranlassung, sie grundsätzlich anders zu konstruieren, als es der Gesetzgeber wollte [129] und als die h.M. es tut. Überdies sind die abweichenden Ansichten keineswegs immer klarer und einsichtiger als die herrschende. So kann der unter 2 a, β, aa angeführten Ansicht der Vorwurf einer gewissen Ungereimtheit nicht erspart bleiben. [130] Sieht man nämlich in der Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs die die Rechtszuständigkeit des Dritten auflösende Bedingung, so macht man die Rechtszuständigkeit

---

128) Vom englischen Parlament wurde einmal gesagt, es könne alles, nur nicht Frauen zu Männern machen.

129) Vgl. Mot. I, S. 212.

130) So namentlich Staudinger - Seufert § 883 Randn 48.

des Schuldners von seinen eigenen Erfüllungshandlungen abhängig, für die doch ihrerseits wieder erforderlich ist, daß er die Rechtszuständigkeit (bereits wieder) besitzt. Eine dogmatisch saubere Lösung ließe sich nur erreichen, wenn man die Resolutivbedingung in der Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs durch den Gläubiger erblickte. Aber auch dieser Konstruktion steht - zumindest im Falle der Auflassungsvormerkung - ein unüberwindliches Hindernis entgegen: § 925 II BGB verbietet schlechthin Auflassungen unter einer Bedingung.

K o h l e r setzt sich mit seiner unter 2 a, β , bb, αα skizzierten Ansicht souverän über das positive Recht hinweg. Dies beruht auf seiner unrichtigen Auffassung, die Vormerkung des BGB stamme in gerader Linie vom jus ad rem des preußischen ALR ab. Dieser Vorwurf gilt selbstverständlich auch für S t r o h a l , soweit er, wie unter 2 a, β , aa, γγ dargelegt, dem Vorgemerkten den direkten Anspruch gegen den Dritten wahlweise geben will.

Die Konsequenzen der unter 2 a, β , bb, ββ aufgezeigten Meinung hat S e u f e r t [131] klar herausgestellt: Verfügt der Schuldner bei der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs als Nichtberechtigter über den Leistungsgegenstand, und kann man aus diesem Grunde nicht umhin, der Zustimmung des Dritten nach § 888 I materiellrechtliches Gewicht beizulegen, so ist die Verfügung des Schuldners auch dann wirksam, wenn die Vormerkung überhaupt nicht besteht. Der Gläubiger erwirbt also aufgrund der Zustimmung des Dritten sein Recht genauso, als ob er Inhaber einer Vormerkung gewesen wäre. S e u f e r t [132] findet dieses Ergebnis nicht unbillig, denn der Dritte könne sich ja vor Abgabe seiner Zustimmungserklärung überzeugen, ob gegen ihn nach § 888 I ein Anspruch auf Abgabe dieser Erklärung bestehe, m.a.W., ob die Vormer-

---

131) Staudinger - Seufert § 888 Randn 4 b.

132) A.a.O.

kung wirksam zustande gekommen sei.
Den Ausführungen S e u f e r t s kann sicher nicht der Vorwurf mangelnder dogmatischer Klarheit gemacht werden. Aber ist es wirklich billig, daß der Gläubiger auch ohne Sicherung durch eine Vormerkung und trotz gegenteiliger Verfügung seines Schuldners noch in den Genuß des Vollrechts gelangen kann? Das Gesetz selbst gibt auf diese Frage Antwort. Erteilt der Dritte seine Zustimmung zur Verfügung des Schuldners - etwa zur Übertragung des Eigentums - zugunsten seines ersten Gläubigers, so erfüllt er damit einen nichtbestehenden Anspruch. Seine Erklärung führt außerdem eine unmittelbare Vermögensverschiebung dergestalt herbei, daß er sein Recht verliert, und der in Wahrheit gar nicht Vorgemerkte es gewinnt. Letzterer hat durch seine Leistung und auf seine Kosten das Eigentum an dem Grundstück erlangt. Er kann also von ihm Rückübertragung nach § 812 I 1 BGB verlangen.
Gibt aber das Gesetz dem Dritten einen Bereicherungsanspruch gegen den bloß scheinbar Vorgemerkten, so erhellt damit, daß endgültig nur der wirklich Vorgemerkte trotz gegenteiliger Verfügung seines Schuldners das Vollrecht soll erlangen können. Das spricht aber für eine Konstruktion der Vormerkung und ihrer Sicherungswirkung, die den Vorgemerkten von vornherein nur dann in den Genuß des Vollrechts gelangen läßt, wenn er die Vormerkung wirklich erworben hat. Diesem Erfordernis genügt die Auffassung der h.M. von der subjektiv-relativen Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen. Das ist - mag sie auch auf den ersten Blick gekünstelt erscheinen - ein starkes Argument für ihre Richtigkeit und praktische Brauchbarkeit.
Es besteht auch kein Anlaß, die Belastung des Grundstücks durch den Schuldner im Falle einer Auflassungsvormerkung anders zu behandeln, wie B a u r [133] das will. Die vormerkungswidrige Hypothekenbestellung ist dem Vorgemerkten gegenüber genauso unwirksam wie die

---

133) Vgl. oben 2 a, α.

Übertragung des Eigentums; § 883 II in Verbindung mit § 888 I reagiert gegen alle vormerkungswidrigen Verfügungen einheitlich. Der Vorgemerkte wird materiellrechtlich überhaupt nie beeinträchtigt. Allerdings ist zuzugeben, daß die Zustimmungserklärung des Dritterwerbers nach § 888 I materiellrechtlich nicht völlig bedeutungslos ist. Wenn sie auch materiellrechtlich für den Rechtserwerb des Vorgemerkten nicht erforderlich ist - diesem gegenüber ist ja sein Schuldner alleiniger Rechtsinhaber - so darf doch nicht verkannt werden, daß der Dritte mit Erfüllung des Anspruchs nach § 888 I auf eine ganz erhebliche materiellrechtliche Position, nämlich auf seine Stellung als Berechtigter gegenüber jedem Dritten, verzichtet. Aber dieser Verzicht ist nicht beschränkt auf die Fälle vormerkungswidriger Belastung des Grundstücks. Auch wenn das Grundstück entgegen einer Auflassungsvormerkung veräußert wurde, verzichtet der Dritterwerber mit Abgabe seiner Zustimmungserklärung auf eine materiellrechtliche Position, nämlich seine Eigentümerstellung gegenüber jedem Dritten.

β) Die Gründe, die F u c h s [134] für seine Ansicht beibringt, vormerkungswidrige Verfügungen seien schlechthin und nicht nur im Verhältnis zum Vorgemerkten unwirksam, können schwerlich überzeugen.
Einmal kann nicht zugegeben werden, der Wortlaut des § 888 I besage nichts für die subjektiv-relative Unwirksamkeit. Was anders, als daß die vormerkungswidrige Verfügung nur dem Geschützten gegenüber unwirksam ist, soll der unbefangene Leser den Worten entnehmen "Soweit der Erwerb .... demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist" ? Wenn F u c h s zum anderen meint, § 883 II regle die Sicherungswirkung der Vormerkung abschließend, so muß dieser Behauptung entgegengehalten werden, daß die Vorschriften der §§ 883 - 888 BGB eine Einheit darstellen, und daß sie deshalb auch zusammen gelesen werden müssen, wenn es darum

---

134) Vgl. oben 2 b.

geht, Wesen und Wirkungen des Rechtsinstituts Vormerkung zu ergründen. Nur §§ 883 II und 888 I zusammen genommen ergeben ein vollständiges Bild von der Sicherungswirkung der Vormerkung.
Auch die Protokolle zum II. Entw. des BGB sprechen nicht unbedingt für die F u c h s 'sche Auffassung. Wie fast durchweg im Bereiche der Vormerkung, lassen sie sich auch nicht hinsichtlich der Sicherungswirkung vorbehaltslos für die eine oder andere Auffassung heranziehen. Zwar wurde in der zweiten Kommission [135] der Antrag gestellt, folgende Bestimmung in das Vormerkungsrecht aufzunehmen:

> " Wird das belastete Grundstück veräußert, so kann der Gläubiger von dem neuen Eigenthümer die Verschaffung des Rechtes verlangen, auf dessen Verschaffung die Forderung gerichtet ist. Andere Verfügungen über das belastete Grundstück sind dem Gläubiger gegenüber insoweit unwirksam, als sie das dem Gläubiger zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden. "

Und richtig ist auch, daß die Mehrheit der zweiten Kommission diesen Antrag zurückgewiesen hat. Aber dies nicht, wie F u c h s meint, um bewußt eine von dem jetzigen § 135 BGB abweichende Formulierung des Schicksals vormerkungswidriger Verfügungen wählen zu können. Vielmehr ist der ablehnende Standpunkt der Mehrheit damit zu erklären, daß sie der Vormerkung nicht den Platz eines jus ad rem einräumen wollte, [136] was durch eine Annahme des Antrags, soweit dessen Satz 1 in Frage steht, zweifellos geschehen wäre. F u c h s kann also das ihm wünschenswerte Ergebnis auch aus den Gesetzesmaterialien nicht herleiten.
Schließlich ist ohne Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu sagen, daß kein Grund ersichtlich ist, der dagegen spricht, das Schicksal vormerkungswidriger Verfügungen anders zu bestimmen als dasjenige

---

135) Prot. III, S. 740.
136) Prot. III, S. 744.

der verbotswidrigen Verfügungen i.S. der §§ 135, 136. Denn in beiden Fällen steht nur der Schutz bestimmter Personen - des Verbotsgeschützten und des Vorgemerkten - auf dem Spiele. Bei einer derartigen Parallelität wäre es geradezu systemfremd, die vormerkungswidrige Verfügung mit der schweren Sanktion der absoluten Unwirksamkeit zu belegen und nicht das subtile Mittel der relativen Unwirksamkeit genügen zu lassen. [137]

II Die Reichweite der Sicherungswirkung.

Selbstverständlich ist hier nicht der Ort, sämtliche denkbaren Verschiebungen im Schuldnervermögen aufzuzählen, gegen deren nachteilige Auswirkungen für den Gläubiger die Vormerkung ihre Schutzwirkung zu äußern vermag. Denn einerseits wäre es ermüdend und würde doch keinen Schritt hinführen zu dem Ziel der Bestimmung der Rechtsnatur der Vormerkung und der Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit der grundstücksrechtlichen Vorschriften auf dieses Institut, wenn man auch die aus dem Gesetz eindeutig zu entnehmenden Vorgänge aufzählen würde, die dem gesicherten Gläubiger nachteilig werden können; andererseits kann auf gewisse Fernwirkungen der Vormerkung erst eingegangen werden, wenn ihre rechtliche Natur einigermaßen herausgearbeitet wurde. [138] Im folgenden sollen deshalb lediglich einige in ihrer Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Vormerkungsschutzes bis heute streitigen Vorgänge im Schuldnervermögen behandelt werden, die ohne Eingehen auf die Rechtsnatur der Vormerkung gewürdigt werden können.

1. Schützt die Auflassungsvormerkung den Gläubiger des gesicherten Übereignungsanspruchs gegen die aus der Vermietung des Grundstücks fließenden Wirkungen des § 571 BGB ?

a) Zustimmende Stellungnahmen.

Von einem Teil der Literatur wird die Auffassung vertre-

---

137) Zu der Frage, ob zur Aufhebung eines vormerkungsbetroffenen Rechts Zustimmung des Vorgemerkten nach § 876 BGB erforderlich ist, vgl. unten § 13 II 2.

138) So z.B. auf die vom BGH in NJW 1960, 1757 ff. behandelte Frage, ob eine Auflassungsvormerkung den gesicherten Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen davor bewahren kann, als Vermögensübernehmer nach § 419 BGB in Anspruch genommen zu werden. Vgl. dazu unten § 11 Anhang.

ten, die Vormerkung könne den Gläubiger davor bewahren, daß er in ein nach ihrer Eintragung vom Schuldner eingegangenes Mietverhältnis [139] eintreten müsse. Die Begründungen für dieses Ergebnis sind jedoch nicht einheitlich.

α) Insbesondere in der älteren Literatur wird teilweise angenommen, die Vermietung sei, wenn der Gebrauch der vermieteten Sache überlassen werde, eine Verfügung über diese. § 883 II komme deshalb schon seinem Wortlaut nach zur Anwendung. [140]

β) Überwiegend wird die Verfügungsnatur der Vermietung zwar geleugnet, gleichwohl aber, oder gerade deshalb, behauptet, § 883 II schütze den Vorgemerkten gegen die nachteiligen Auswirkungen dieses Rechtsgeschäfts. Wenn dem Vorgemerkten sogar dingliche Belastungen des Grundstücks nichts anhaben könnten, so gelte das erst recht für bloß obligatorische Bindungen; der obligatorisch berechtigte Mieter könne nicht besser gestellt sein als der dinglich berechtigte Nießbraucher. [141]

γ) Eine dritte Gruppe von Schriftstellern gelangt zu diesem Ergebnis mit der Begründung, die Vormerkung habe den Sinn, jede Wirkung rechtlicher Ereignisse zu Ungunsten des Vorgemerkten auszuschließen. [142]

---

139) Die nachfolgenden Ausführungen betreffen selbstverständlich auch die Verpachtung des Grundstücks durch den Schuldner; vgl. § 581 II BGB.

140) Vgl. etwa Mitteis, Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht, Leipziger Dekanatsprogramm 1905, S. 40. Nur bedingt kann Raape an dieser Stelle genannt werden. Er geht zwar in seiner Abhandlung über Gebrauchs- und Besitzüberlassung, Dogmat Jahrb 71, 97 ff. davon aus, daß Vermietung und Verpachtung Verfügungen sind (anders noch in Veräußerungsverbot, S. 202), was für ihn aber nicht notwendig bedeutet, daß § 883 II gegen diese Verfügungen schützt; denn sicher habe der Gesetzgeber bei Schaffung der Vormerkungsvorschriften nicht an sie gedacht. Im Ergebnis ist er dann allerdings für Anwendbarkeit des § 883 II (a.a.O. S. 180).

141) Vgl. in diesem Sinne besonders Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Vorbem 4 b vor § 571; G. und D. Reinicke, NJW 54, 1236; Westermann, Sachenrecht § 84 IV 3 c und in Erman § 883 Bem 14.

142) So insbes. Heck, Sachenrecht § 47 II 4 ("Der Vormerkungsberechtigte soll überhaupt geschützt werden gegen Vereitelung aus der Person des Schuldners"); Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 1 a; Wolff - Raiser § 48 III 1 und Fußn 30.

b) **Ablehnende Stellungnahmen.**

Der BGH [143] und ein Teil der Literatur [144] [145] stehen auf dem Standpunkt, § 883 II versage gegenüber den Wirkungen eines Mietvertrags nach § 571. Auch für diese Auffassung werden verschiedene Begründungen gegeben. Die wesentlichen, immer wieder vorgebrachten Argumente sind in BGHZ 13, 1 ff. zusammengefaßt.

α) Die Bestimmungen des dinglichen Rechts könnten grundsätzlich nicht ausdehnend ausgelegt werden. Wenn die Vormerkung Schutz gegen Verfügungen gewähre, durch die das vorgemerkte Recht vereitelt oder beeinträchtigt werden könnte, so seien nach der Systematik des Gesetzes Vermietungen den Verfügungen nicht gleichzuachten.

β) Es sei durchaus nicht so, daß dem Erwerber der Eintritt in die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag stets lästig sei; dies sei insbesondere dann nicht der Fall, wenn er das Grundstück etwa nur als Kapitalanlage erworben und die Tatsache der Vermietung ihn womöglich zum Erwerbe bestimmt habe.

γ) Es sei nicht einzusehen, warum der Erwerber vor dem Mieter den Vorzug haben solle. Denn beide hätten gegen den Veräußerer und Vermieter nur einen schuldrechtlichen Anspruch.

δ) Derjenige, der im Begriffe stehe, ein Grundstück zu erwerben, werde durch die offenbare Tatsache, daß sich ein anderer als der veräußernde Eigentümer im Besitz des Grundstücks befinde, ohne weiteres darauf

---

143) BGHZ 13, 1 ff.

144) Baur, Sachenrecht § 20 IV 1 d und in Soergel - Siebert § 883 Randn 22; Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 5 a; Niendorff, Mietrecht, 10. Aufl. 1914, S. 306; Planck - Strecker § 883 Bem 3 a; Roquette, Mietrecht, 3. Aufl. 1950, S. 170 f.; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 71; Sekler, Vormerkung, S. 179; Staudinger - Seufert § 883 Randn 49.

145) Die Entscheidung RGZ 106, 111/112 kann weder für die eine noch für die andere Ansicht in Anspruch genommen werden, da sie die Frage offenläßt und lediglich ausführt, daß Vermietung und Verpachtung keine Verfügungen i.S. des § 893 BGB sind.

hingewiesen, daß er mit dem Bestehen eines Mietverhältnisses rechnen müsse, an das er gebunden sein werde. Dagegen bedeute es für den, der ein Grundstück miete, nicht auch in gleicher Weise eine Warnung, wenn im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung eingetragen stehe. Auf den im Grundbuch vorgemerkten Anspruch werde hingewiesen, wer ein durch Eintragung im Grundbuch zu erlangendes dingliches Recht am Grundstück erwerben wolle. Das komme für den Mieter eines Grundstücks nicht in Betracht. Er habe in aller Regel keine Veranlassung, vor Abschluß des Mietvertrags das Grundbuch einzusehen, und pflege dies auch nicht zu tun.

ε) Neuerdings begründet B a u r [146] das Versagen des § 883 II im Falle der Vermietung des Grundstücks damit, daß der soziale Schutz, den § 571 beabsichtige, dem Vormerkungsschutz vorgehe.

c) Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten.

Sicher ist zunächst einmal, daß § 883 II den Übergang des Mietverhältnisses auf den Vorgemerkten dann nicht hindern kann, wenn die Vormerkung erst nach Vermietung und Gebrauchsüberlassung eingetragen wurde. Denn die Anwendbarkeit des § 883 II setzt voraus, daß der den Vorgemerkten beeinträchtigende Vorgang nach Eintragung der Vormerkung vor sich gegangen ist. Das unter b, δ angeführte Argument des BGH für die Verneinung des Vormerkungsschutzes, der Erwerber eines Grundstücks werde auf das Bestehen eines Mietverhältnisses hingewiesen, wenn sich das Grundstück nicht im Besitze des Eigentümers befinde, geht also von vornherein fehl. [147] Auch die übrigen Argumente des BGH sind wenig stichhaltig. So das unter b, α genannte, die Bestimmungen des dinglichen Rechts könnten nicht ausdehnend ausgelegt werden. Darum geht es nicht. Falls die Interessenlage das erfordern würde, bestünden keine Bedenken gegen eine a n a l o g e Anwen-

146) Soergel - Siebert - Baur § 883 Randn 22.

147) So auch G. und D. Reinicke, NJW 54, 1236 und Staudinger - Seufert § 883 Rand 49.

dung des § 883 II, obwohl dort von Verfügungen die Rede ist. Zu b, β ist zu sagen, daß, wenn dem Vorgemerkten daran liegen sollte, das Grundstück als Kapitelanlage zu benutzen, er ja darauf verzichten könnte, seine Rechte aus der Vormerkung geltend zu machen. Es ist zwar richtig, wenn der BGH (vgl. oben b, γ) meint, Erwerber und Mieter hätten gegen den Grundstückseigentümer gleichermaßen einen nur schuldrechtlichen Anspruch; immerhin ist aber zu bedenken, daß der Anspruch des Erwerbers durch eine Vormerkung gesichert ist. Auch ist dem BGH ohne weiteres zuzugeben, daß der Mieter in der Regel vor Vertragsschluß nicht ins Grundbuch sehen wird (vgl. b, δ). Aber aus dieser Tatsache kann nicht auf seine besondere Schutzwürdigkeit geschlossen werden. Das ergibt sich schon daraus, daß er im Falle des Vertragsschlusses mit dem Nichteigentümer nicht geschützt wird, sondern dem wahren Berechtigten zu weichen hat, wenn dieser sich auf sein Eigentum beruft. Aber auch den meisten Argumenten der Gegenseite kann schwerlich gefolgt werden. Bejaht man die Verfügungsnatur der Vermietung (vgl. oben a, α), so ist, worauf bereits R a a p e [148] zutreffend hingewiesen hat, noch nicht gesagt, daß die Vormerkung den Gläubiger gegen ihre für ihn nachteiligen Wirkungen schützt. Auch wird man nicht ohne weiteres den oben a, β gezogenen Erst - recht - Schluß akzeptieren können. Dingliche und obligatorische Berechtigung stehen nicht in einem bloß quantitativen Stufenverhältnis, sondern sind auch qualitativ durchaus verschieden. Schließlich bedürfte die Behauptung, § 883 II schütze den Gläubiger gegen nachteilige Veränderungen jedweder Art im Vermögen des Schuldners (vgl. oben a, γ) des Beweises. Aus den Materialien kann jedenfalls für diese Auffassung nichts entnommen werden. M.E. kann die Lösung des Problems nur durch eine echte Wertentscheidung der Frage gelöst werden, ob der Mieterschutz des § 571 höher steht als der Vormerkungsschutz des § 883 II. Und da meine ich, daß aus sozialen Erwägungen zugunsten des Mieters entschieden werden muß. [149] Es mag auf sich beruhen, wie sich der Gesetzgeber des BGB dazu gestellt hat. Jeden-

148) Dogmat Jahrb 71, 180.

149) Vgl. in diesem Sinne Baur, Sachenrecht § 20 IV/d.

falls weist die Entwicklung des modernen Mietrechts unverkennbar auf eine Präponderanz des Mieterschutzes hin. Insbesondere zeigt § 1 IV MSchG eine Verstärkung des Mieterschutzes auch im hier interessierenden Bereich des § 571 BGB: Der Übergang des Mietverhältnisses auf den Einzelrechtsnachfolger des Vermieters ist nicht einmal mehr abhängig von der Gebrauchsüberlassung der Mietsache an den Mieter. Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß die Vormerkung den Gläubiger nicht gegen die Wirkungen aus § 571 BGB zu schützen vermag.

2. Genießt der Vorgemerkte Schutz gegen Rechtsverluste seines Schuldners kraft Gesetzes ?

a) Schutz gegen Rechtsverlust des Schuldners durch Ersitzung ?

α) Vorweg ist zu bemerken, daß die Frage, obwohl in der Literatur nicht selten diskutiert, praktisch ziemlich bedeutungslos ist. Das allerdings nicht aus dem Grund, den S e u f e r t [150] anführt: Bei der Buchersitzung sei es ganz unwahrscheinlich, daß sie mit einem Anspruch zusammentreffe, der mehr als dreißig Jahre nach Eintragung der Vormerkung noch durchgesetzt werden könne. Denn selbstverständlich greift der Vormerkungsschutz, will man ihm hier überhaupt Raum geben, dann ein, wenn die Vormerkung vor dem für den Vorgemerkten nachteiligen Ereignis eingetragen wird, also im Falle der Ersitzung noch kurz vor Ablauf der dreißigjährigen Ersitzungszeit. Die Unwahrscheinlichkeit des Zusammentreffens einer Vormerkung mit der seltenen Buchersitzung nach § 900 BGB resultiert vielmehr daraus, daß eine derartige Konstellation nur unter Verletzung des Grundbuchrechts, nämlich des Grundsatzes der Voreintragung (§ 39 GBO), zustandekommen könnte. Und zwar deshalb, weil einerseits § 900 BGB Eintragung des Ersitzenden als Eigentümer voraussetzt, andererseits aber die Eintragung der den Schuldner, also wahren Eigentümer, betreffenden Vormerkung nach § 39 I GBO davon abhängig ist, daß dieser

---

150) Staudinger - Seufert § 883 Rand 49; derselben Ansicht ist anscheinend auch Westermann, Sachenrecht § 84 IV 3 d.

ins Grundbuch eingetragen ist. Obwohl § 39 GBO eine bloße Ordnungsvorschrift ist, und ein Verstoß gegen sie die Eintragung nicht unwirksam macht, [151] ist es ziemlich unwahrscheinlich, daß ein Grundbuchbeamter gegen einen nicht voreingetragenen Eigentümer eine Auflassungsvormerkung einträgt.

β) Abgesehen von diesen praktischen Bedenken dürfte wohl kein Grund bestehen, dem Vorgemerkten gegen die Ersitzungswirkungen den Schutz des § 883 II zu versagen. Auch hier darf man nicht sklavisch an dem Wort "Verfügung" in § 883 II kleben. [152] Es ist vom Vorgemerkten her gesehen grundsätzlich gleichgültig, ob sich die Rechtsminderung beim Schuldner aufgrund einer Verfügung, einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme oder von Gesetzes wegen vollzieht. Ein weiteres Argument für das Eingreifen des Vormerkungsschutzes ist § 900 I 3, der bestimmt, daß der Lauf der Ersitzungsfrist solange gehemmt ist, als ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der die Ersitzung begründenden Eintragung im Grundbuch eingetragen ist. [153] Zwar haben Widerspruch und Vormerkung grundsätzlich völlig verschiedene Funktionen, aber beide weisen doch darin eine Gemeinsamkeit auf, daß sie darauf hinweisen, daß der gegenwärtige Buchstand möglicherweise bald eine Änderung erfahren wird. Wie der Widerspruch dem Ersitzenden klarmacht, daß eventuell der wahre Berechtigte ins Grundbuch gelangt, weist ihn die Vormerkung darauf hin, daß ein möglicherweise in Wahrheit Berechtigter vorhanden ist, der im Begriffe ist, über das Grundstück zu verfügen. Warnt aber die Vormerkung den Ersitzenden in gleicher Weise wie der Widerspruch vor der möglicherweise vorhandenen Berechtigung eines anderen, so wird man auch

---

151) Vgl. RGZ 120, 112; Henke - Mönch - Horber, Grundbuchordnung § 39 Bem 1; Meikel - Imhof - Riedel § 39 Bem 48.

152) So aber Reichel, Vormerkung, S. 108.

153) Nichts zu tun hat diese Erwägung mit der Frage, ob die Vormerkung den gesicherten Anspruch nach § 902 I 1 BGB der Verjährung entzieht; darüber unten § 12 I.

den weiteren Schluß ziehen dürfen, daß sie ihre Sicherungswirkung gegen den Ersitzenden zu äußern vermag. [154]

b) Bewirkt die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer Hypothek, daß gegenüber dem Gläubiger keine Eigentümerhypothek entsteht, wenn die Hypothekenforderung zurückgezahlt wird ?

Diese Frage ist mit der Bejahung der Anwendbarkeit des § 883 II auf die Ersitzung noch keineswegs beantwortet. M.E. macht dieser Fall klar, wie gefährlich die Aussage ist, die Vormerkung schütze gegen alle nachteiligen Vorgänge im Schuldnervermögen. Geht man so weit, so verbaut man sich die Möglichkeit, einzelne Fälle gemäß der Interessenlage anders zu behandeln. Ein derartiger Fall aber scheint mir hier gegeben zu sein. Die Vormerkung kann nicht hindern, daß die hypothekarisch gesicherte Forderung beglichen und damit die Fremdhypothek gemäß §§ 1163 I 2, 1177 BGB kraft Gesetzes zu einer Eigentümerhypothek bezw. -grundschuld wird. Jede Fremdhypothek ist von vornherein mit dieser Möglichkeit behaftet, und es ist nicht Aufgabe der Vormerkung, gegen die einem Rechtsinstitut selbst innewohnenden Gefahren zu schützen; sie würde überspannt, legte man ihr die Fähigkeit bei, das Wesen des dinglichen Rechts Hypothek praktisch zu ändern. Diese Entscheidung entspricht auch den gesetzlich anerkannten Interessen des Grundstückseigentümers. Würde man nämlich den Vormerkungsschutz durchgreifen lassen, so wäre der Eigentümer praktisch gehindert, auch in Fällen schwerer Gefährdung des eigenen Vermögens (vgl. § 1150 BGB), die auf seinem Grundstück ruhende Belastung zu beseitigen. [155]

---

154) Im Ergebnis wie hier Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 155; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 7 a, bb, β ; Planck - Strecker § 883 Bem 3 a; Predari, Grundbuchordnung, S. 107; Sekler, Vormerkung, S. 179 f.; Staudinger - Seufert § 883 Randn 49; Westermann, Sachenrecht § 84 IV 3 d; Wolff - Raiser § 48 III 1.

155) Expressis verbis behandelt ist das Problem bei Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 1 a und Sekler, Vormerkung, S. 179, 180; das Durchgreifen des Vormerkungsschutzes wird bejaht mit der Begründung, unter § 883 II falle jede Änderung der dinglichen Rechtslage.

§ 5

Die Rangwirkung der Vormerkung.

Nach § 883 III BGB bestimmt sich der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung. § 883 III ändert also den Grundsatz des § 879 BGB dahingehend ab, daß nicht die Eintragung der endgültigen Grundstücksbelastung, sondern die Eintragung der Vormerkung für den Rang des belastenden Rechts maßgebend ist. Ohne weiteres einleuchtend ist dabei, daß die Vormerkung nur hinsichtlich solcher Grundstücksrechte rangwahrende Wirkung zu entfalten vermag, die rangfähig sind. Infolgedessen gilt § 883 III nicht für die Auflassungsvormerkung, da nur beschränkt dingliche Grundstücksrechte, nicht aber das Eigentum in einem Rangverhältnis stehen können. Andererseits enthält § 883 III keine Einschränkung dahingehend, daß der Rang von Rechten an Grundstücksrechten (Pfandrecht nach § 1273 BGB und Nießbrauch nach § 1068 BGB) nicht durch die Vormerkungseintragung bestimmt werde. Man wird ihr also auch insoweit rangantezipierende Wirkung beimessen müssen. [156] Schon begrifflich ausgeschlossen ist eine Rangwirkung der Vormerkung, die einen Anspruch auf Löschung eines Grundstücksrechts sichert; dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 883 III, der nur vom Anspruch auf Einräumung eines Rechtes spricht.

Zutreffend hat bereits B i e r m a n n [157] darauf hingewiesen, daß § 883 III lediglich die Konsequenz der in § 883 II geregelten Sicherungswirkung darstellt. Die rangwahrende Wirkung der Vormerkung wäre auch sichergestellt, wenn § 883 III nicht bestünde. Ein Beispiel möge das verdeutlichen: H hat gegen E einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Bestellung einer Hypothek am Grundstück des E. Gleichwohl bestellt E dem X eine Hypothek. Diese Hypothekenbestellung wäre nach § 883 II dem H gegen-

---

156) Vgl. z.B. Planck - Strecker § 883 Bem 3 b; Staudinger - Seufert § 883 Randn 63.

157) Widerspruch und Vormerkung, S. 160; ebenso z.B. Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 2.

über insoweit unwirksam, als sie den für diesen in Aussicht genommenen Rang einnehmen würde. H könnte von X im Falle der Verwirklichung seines Rechts die erforderliche Zustimmungserklärung im Wege des § 888 I verlangen und damit seiner Hypothek den dem schuldrechtlichen Anspruch entsprechenden Rang verschaffen. § 883 III stellt also lediglich eine zweckmäßige Abkürzung des Verfahrens dar, insoweit als die Vormerkung ohne Zustimmung des vormerkungswidrigen Erwerbers in das endgültige Recht umgeschrieben werden kann. Die technische Voraussetzung hierfür schafft § 12 I b GBV, wo bestimmt ist, daß die Vormerkung in die für die endgültige Rechtseintragung maßgebende Abteilung des Grundbuchs einzutragen ist.

Aus der Rangwirkung der Vormerkung leitet die ganz h.M. den Schluß ab, auch diese selbst sei rangfähig. [158] Dem ist zuzustimmen, ohne daß es einer näheren Untersuchung der Rechtsnatur der Vormerkung bedürfte. Denn die Erfüllung der ihr in § 883 III BGB zugewiesenen Funktion läßt sich überhaupt nur in der Weise denken, daß die Vormerkung in Rangkonkurrenz, also in ein Rangverhältnis, mit den übrigen Grundstücksbelastungen tritt. Folgerichtig muß man dann auch die Vorschriften der §§ 880 und 881 BGB über die Rangänderung und den Rangvorbehalt in Ansehung der Vormerkung zur Anwendung bringen, [158a] denn wenn bereits mit der Erlangung der Vormerkung über den Rang des endgültigen Rechts entschieden ist, so muß es auch möglich sein, über diese Position jetzt schon zu verfügen. Zutreffend geht die h.M. davon aus, daß auch der Auflassungs-

---

158) Vgl. z.B. KGJ 22, 312 f.; RGZ 124, 202 f.; Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 5 b und Widerspruch und Vormerkung, S. 160; Erman - Westermann § 883 Bem 16; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 11 und § 879 Bem 8; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 98 f.; Meiser, Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung, Gruch Beitr 57, 590; Planck - Strecker § 883 Bem 3 b und § 879 Bem 7 f.; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 52 ff.; Rheinen, Vormerkung, S. 53 f.; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d ε ; Sekler, Vormerkung, S. 132 ff.; Staudinger - Seufert § 883 Randn 63.

158a) Zur Anwendbarkeit des § 880 vgl. z.B. KG J 22, 312 f.; 39, 198; Erman - Westermann § 883 Bem 16; Planck - Strecker § 880 Bem II 2 c; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 54; RGR-Komm (Pritsch) § 880 Bem 12; Staudinger - Seufert § 883 Randn 63. Zur Anwendbarkeit des § 881: KG OLG 45, 306; JW 1926, 2546; Biermann, Sachenrecht § 881 Bem 1 c; Güthe - Triebel, Grundbuchordnung § 45 Randn 19; Planck - Strecker § 881 Bem 2 und § 883 Bem 3 b; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 54; RGR- Komm (Pritsch) § 881 Bem 3; Staudinger - Seufert § 881 Randn 6.

vormerkung Rangfähigkeit zukommt, [158b] obwohl § 883 III naturgemäß für sie nicht gilt. Die Notwendigkeit, auch sie den Rangvorschriften zu unterstellen, ergibt sich aus ihrer Stellung in der Zwangsversteigerung. Aus demselben Grunde verbietet es sich andererseits, die Löschungsvormerkung in ein Rangverhältnis mit den übrigen Grundstücksbelastungen zu setzen. [158c]

§ 6

Die Vollwirkung der Vormerkung.

I Im Konkurs des Schuldners.

Die in § 883 I aufgezählten Ansprüche sind an sich rein schuldrechtlicher Natur. Fällt also der Schuldner in Konkurs, so steht dem Gläubiger eine gewöhnliche Konkursforderung zu, d.h. er kann lediglich anteilsmäßige Befriedigung in Geld beanspruchen. § 24 KO bestimmt nun, daß der Vorgemerkte vom Konkursverwalter Erfüllung seines durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs verlangen kann. Der vorgemerkte Gläubiger wird also über den Status der übrigen Konkursgläubiger erhoben in der Weise, daß er vom Konkursverwalter das verlangen kann, was er von seinem Schuldner hätte begehren können, wenn dieser nicht in Konkurs gefallen wäre. Zutreffend charakterisiert B i e r m a n n [159] diese Situation mit dem Satze, der Konkursverwalter trete an die Stelle des verpflichteten Gemeinschuldners. Im Falle einer Auflassungs-

---

158b) KG JFG 6, 362; Meiser, Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung, Gruch Beitr 57, 590; Planck - Strecker § 879 Bem 7 f.; RGR-Komm (Pritsch) § 880 Bem 12; Soergel - Baur § 879 Bem 1; Staudinger - Seufert § 883 Randn 63.

158c) Siehe dazu näher unten § 6 III.

159) Widerspruch und Vormerkung, S. 164. Vgl. auch Jaeger - Lent, Konkursordnung § 24 Randn 13 und 18.

vormerkung hat der Konkursverwalter das betreffende Grundstück dem Vorgemerkten aufzulassen, im Falle einer Hypothekenvormerkung die Hypothek zu bestellen usw. Selbstverständlich bleibt im Falle einer Hypothekenvormerkung der Anspruch, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt werden soll, ein obligatorischer und kann deshalb nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend gemacht werden. [160] Grundsätzlich hat die Vormerkung diese salvierende Wirkung nur dann, wenn sie vor Konkurseröffnung (§ 108 KO) zustande gekommen ist. Über mögliche Durchbrechungen aufgrund § 15 S. 2 KO, § 878 BGB vgl. unten § 14 I.

Keine besonderen Probleme tauchen in dem Falle auf, daß der nachmalige Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung vormerkungswidrig über das Grundstück verfügt hat. Da diese Verfügung dem Vorgemerkten gegenüber nach § 883 II BGB unwirksam ist, bleibt zunächst der Schuldner und später der an seine Stelle tretende Konkursverwalter dem Vorgemerkten gegenüber zur Erfüllung seines Anspruchs in der Lage; der Dritterwerber hat wie gewöhnlich die erforderliche Zustimmungserklärung nach § 888 I BGB abzugeben. [161]

Die ganz überwiegende Meinung geht zu Recht davon aus, daß es mit der Vorzugsstellung des Vorgemerkten, die ihm § 24 KO gewährt, unvereinbar wäre, wenn man dem Konkursverwalter das Wahlrecht des § 17 KO einräumen würde. Dieser hat vielmehr - wie der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung - nur die Möglichkeit der Erfüllung. [162]

Praktisch wenig bedeutungsvoll ist der Streit um die Rechtsnatur der dem Vorgemerkten durch § 24 KO gewährten Sonderstellung. [163] Ist die Vormerkung als Absonderungsrecht oder als

---

160) Vgl. Jaeger - Lent, Konkursordnung § 24 Randn 15.

161) Vgl. Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 5 c α ; Jaeger - Lent, Konkursordnung § 24 Randn 17.

162) Vgl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 164, ferner: Sachenrecht § 883 Bem 5 c α ; Jaeger - Lent, Konkursordnung § 24 Randn 22 ff.; Planck - Strecker § 883 Bem 3 c; Schönke - Baur, Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht § 53 B III 3 d; Gekler, Vormerkung, S. 235; Staudinger - Seufert § 883 Randn 62; Weimar, KuT 1955, 168; Westermann, Sachenrecht § 84 III 3 und in Erman § 883 Bem 15.

163) Jaeger - Lent, Konkursordnung § 24 Randn 14.

Aussonderungsrecht zu qualifizieren ? Man wird beides verneinen müssen. [164] Denn einmal versetzt die Vormerkung den gesicherten Gläubiger lediglich in die Lage, vom Konkursverwalter die Verschaffung des Rechts zu begehren, aufgrund dessen er dann aus- oder absondern kann. Geht z.B. der Anspruch auf Übertragung des Eigentums, so wächst dem Gläubiger im Falle der Erfüllung ein Aussonderungsanspruch nach § 43 KO zu; geht er auf Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld, so erlangt der Gläubiger ein Absonderungsrecht nach § 47 KO. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß der gesicherte Anspruch auch auf Aufhebung eines dem Gemeinschuldner zustehenden Grundstücksrechts gerichtet sein kann. Die Vorzugsstellung des Vorgemerkten in diesem Falle kann sicher nicht unter die Kategorien der Aussonderung oder Absonderung gebracht werden, da den §§ 43 und 47 KO gemeinsam ist, daß dem bevorzugten Gläubiger (positiv) etwas zu gewähren und nicht nur zu seinen Gunsten (negativ) etwas aufzuheben ist.

II Im Vergleich.

1. Im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses.

Eine ähnliche Sonderstellung wie im Konkurse besitzt der vorgemerkte Gläubiger im Vergleichsverfahren über das Vermögen seines Schuldners. Ganz in Anlehnung an § 24 KO bestimmt § 26 I VerglO, daß Gläubiger, deren Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist, nicht Vergleichsgläubiger sind. Damit soll gesagt werden, daß sie nicht wie die ungesicherten Gläubiger auf die Vergleichsquote angewiesen sind, sondern volle Befriedigung ihrer Forderungen begehren können. [165] Eine ausdrückliche Bestätigung des in § 26 ausgesprochenen Grundsatzes enthält § 82 II 1 VerglO: Die Rechte der Gläubiger aus einer zur Sicherung

---

164) So auch Jaeger - Lent, Konkursordnung § 24 Randn 14. Für ein Aussonderungsrecht z.B. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 7.
Ein Absonderungsrecht nehmen z.B. an: Bendix, Vormerkung, Gruch Beitr 49, 521; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 200; Oberneck, Grundbuchrecht, Bd. I, S. 447; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, S. 133. Das RG (RGZ 78, 75) nimmt im Falle einer Hypothekenvormerkung ein Absonderungsrecht an.

165) Vgl. Bley, Vergleichsordnung § 26 Bem 77.

der Forderung eingetragenen Vormerkung werden durch den Vergleich nicht berührt. Zu beachten ist allerdings, daß eine später als am dreißigsten Tage vor der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung dem Gläubiger die dargelegte Sonderstellung nicht zu verschaffen vermag; vgl. §§ 28, 87 VerglO.
Diese sogenannte Rückschlagssperre wirkt auch weiter, wenn das Vergleichsverfahren nicht durchgeführt, sondern in ein Anschlußkonkursverfahren übergeleitet wird (§ 104 VerglO).

. Im Zwangsvergleich.

Eine dem § 82 II VerglO entsprechende Bestimmung enthält § 193 S. 2 KO für den Zwangsvergleich im Konkursverfahren. Allerdings ist hier die Rückschlagssperre ausgeschaltet.

II In der Zwangsversteigerung.

Wie Konkurs und Vergleich stellt auch die Zwangsversteigerung eine kritische Situation in der Vermögenssphäre des Schuldners dar. Der Gesetzgeber hielt es deshalb auch hier für angebracht, die Vormerkung in einer Art Notreife zum Vollrecht erstarken zu lassen. Maßgebliche Vorschrift ist § 48 ZVG, der bestimmt, daß durch Eintragung einer Vormerkung gesicherte Rechte wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen sind.
Ist also z.B. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek ins Grundbuch eingetragen, so hat der vorgemerkte Gläubiger in der Zwangsversteigerung die Stellung eines Hypothekars. Das bedeutet vor allem, daß sein Recht, wenn es dem des betreibenden Gläubigers vorgeht, nach § 44 I ZVG im geringsten Gebot zu berücksichtigen ist.
Selbstverständlich werden im Rahmen des § 48 ZVG nur solche Vormerkungen berücksichtigt, die der Sicherung von Rechten dienen, die ihrerseits in der Zwangsversteigerung zu berücksichtigen wären. Damit scheiden von vornherein Vormerkungen aus, die auf Löschung, Übertragung oder Rangänderung eines Grundstücksrechts abzielen. Außerhalb des § 48 ZVG stehen aber auch Vormerkungen, die der Sicherung von Ansprüchen auf Einräumung von Rechten an Grundstücksrechten dienen. Denn diese Rechte sind nicht von selbständiger Bedeutung, ergreifen das Grundstück

nicht unmittelbar. Sie werden in der Zwangsversteigerung nicht berücksichtigt (vgl. § 10 I Ziff. 4 ZVG, der nur von Rechten an Grundstücken spricht), denn das würde zur Doppelbefriedigung einer Post aus dem Grundstück führen. [166]
Sehr umstritten ist, ob auch die Auflassungsvormerkung nach § 48 ZVG zu behandeln ist. Der Wortlaut des Gesetzes stünde dem nicht entgegen, denn § 48 spricht von Vormerkungen schlechthin. Würde man dem folgen, so wäre die Auflassungsvormerkung wie das Eigentum zu berücksichtigen. Dann aber wäre nach § 28 ZVG das Zwangsversteigerungsverfahren wegen eines entgegenstehenden Rechts von Amts wegen einzustellen und es käme gar nicht zu einer Berücksichtigung der Vormerkung im geringsten Gebot, wie das § 48 ZVG, der im Abschnitt "Geringstes Gebot" (§§ 44 ff. ZVG) steht, offensichtlich will.
Man hat in der Literatur und Rechtsprechung auf zwei Wegen versucht, diesem Dilemma zu entgehen. Die eine Auffassung geht dahin, die Auflassungsvormerkung von vornherein völlig aus dem § 48 ZVG und überhaupt aus dem geringsten Gebot herauszunehmen und sie dem § 37 Ziff. 5 ZVG zu unterstellen. [167]
Eine andere Auffassung, die herrschende, will die Auflassungsvormerkung zwar ins geringste Gebot aufnehmen, ihr aber gleichwohl nicht die Stellung des Eigentums einräumen. Vielmehr solle sie Auflassungsvormerkung bleiben und im Falle der Aufnahme ins geringste Gebot gegenüber dem Zuschlag die in § 883 II BGB niedergelegte Sicherungswirkung äußern, also relative Unwirksamkeit des Rechtserwerbs des Erstehers herbeiführen. [168]

---

166) Vgl. zu den nicht von § 48 ZVG betroffenen Vormerkungsfällen Jaeckel - Güthe, Zwangsversteigerungsgesetz § 48 Randn 4; Reinhard - Müller, Zwangsversteigerungsgesetz § 48 Bem 4; Steiner - Riedel, Zwangsversteigerung § 48 Bem 3 (S. 347 f.); Wilhelmi - Vogel, Zwangsversteigerungsgesetz § 48 Bem 1.

167) So Leo, JW 1929, 3280; Othmer, Vormerkung, S. 108; Reinhard, Die Auflassungvormerkung in der Zwangsversteigerung, Gruch Beitr 62, 319 ff.; Reinhard - Müller, Zwangsversteigerungsgesetz § 48 Bem 4; Stillschweig in JW 1929, 1950; Weber, Vormerkung, S. 28 f.; Wilhelmi - Vogel, Zwangsversteigerungsgesetz § 48 Bem 2.

168) Altenberg, Auflassungsvormerkung, S. 15 ff.; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 10; Jaeckel - Güthe, Zwangsversteigerungsgesetz § 48 Randn 4; Korintenberg - Wenz, Zwangsversteigerung § 48 Bem 6; Oppler, Auflassungsvormerkung, S. 34 ff.; Planck - Strecker § 883 Bem 3 d β ; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 3 c α ; Staudinger - Seufert § 883 Randn 61 a; Steiner - Riedel, Zwangsversteigerung § 48 Bem 3 (S. 346); RGZ 125, 242 (251); KG JW 1932, 190.

M.E. muß der h.M. gefolgt werden. Die andere Auffassung läuft dem Bestreben des Gesetzgebers zuwider, den Vormerkungsschutz - auch in der Zwangsvollstreckung - durch möglichst geringfügige Eingriffe in ihr zuwiderlaufende Rechtsänderungen zu gewährleisten. Es wäre eine völlige Verkennung des subtilen Rechtsgedankens des § 883 II BGB, würde man der Auflassungsvormerkung die Wirkung einer völligen Blockierung des Zwangsversteigerungsverfahrens beilegen.[169] [170] Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß damit die verschiedenen Arten der Vormerkung entgegen dem Grundsatz des § 883 II BGB abweichend behandelt würden. Im Ergebnis legt nämlich § 48 ZVG auch den Vormerkungen zur Sicherung von Ansprüchen auf Einräumung beschränkt dinglicher Rechte keine über § 883 II BGB hinausgehenden Wirkungen bei. Bestünde § 48 ZVG nicht, so wäre auch der z.B. entgegen einer Hypothekenvormerkung erfolgende Eigentumserwerb des Erstehers nach § 90 ZVG dem Vorgemerkten gegenüber relativ unwirksam, denn § 883 II BGB spricht von Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung ganz allgemein. Der Vorgemerkte könnte von seinem Schuldner nach wie vor Hypothekenbestellung und vom Ersteher die Zustimmungserklärung zur Eintragung nach § 888 I BGB verlangen. Würde er dann eingetragen, so könnte er Befriedigung aus der Hypothek suchen. Diesen umständlichen Weg vermeidet § 48 ZVG: Der Hypothekenvorgemerkte erhält sofort die Befriedigungsmöglichkeit, die ihm später ohnehin eingeräumt werden müßte. Man kann also insoweit § 48 ZVG geradezu als Gegennorm bezeichnen, welche die unpraktischen Ergebnisse der relativen Unwirksamkeit nach § 883 II BGB im Zwangsversteigerungsverfahren von vornherein ausschaltet. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die h.M. allen Arten von Vormerkungen auf einem der Interessenlage entsprechenden und praktischen Weg gerecht wird.

---

169) Vgl. in diesem Sinne insbes. Staudinger - Seufert § 883 Randn 61 a.

170) Andererseits beruht es auf einer völligen Verkennung der gesetzgeberischen Entscheidung in § 883 II, wenn Fischer, Auflassungsvormerkung, S. 44 die Auffassung vertritt, die Auflassungsvormerkung sei im Zwangsversteigerungsverfahren überhaupt nicht zu berücksichtigen.

§ 7

Die erbrechtliche Wirkung der Vormerkung.

I Die Sicherstellung des Vorgemerkten in den Fällen beschränkter Erbenhaftung.

1. Grundsätzliches zu § 884 BGB.

§ 884 BGB bestimmt, daß sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen kann, soweit der Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist. Ähnlich wie § 24 KO hat die Vorschrift den Zweck, den Vorgemerkten gegen die Folgen einer für die Befriedigung aller Gläubiger unzulänglichen Vermögensmasse zu schützen. [171]

Die Fälle der beschränkten Erbenhaftung sind folgende: Nachlaßkonkurs, Nachlaßverwaltung (§§ 1975 ff. BGB) und Vergleichsverfahren über den Nachlaß (§ 113 VerglO). Obwohl kein echter Fall der beschränkten Erbenhaftung, ist auch die Dürftigkeit des Nachlasses (§ 1990 BGB) [172] hierher zu zählen. In allen diesen Fällen nimmt § 884 BGB dem Erben im Verhältnis zum vorgemerkten Gläubiger die Befugnis, diesen wegen seiner Forderung ausschließlich auf den Nachlaß zu verweisen.

In § 884 BGB ist nicht gesagt, in welchem Zeitpunkt die Vormerkung zustande gekommen sein muß, damit sie dem Erben die Einrede der beschränkten Haftung nehmen kann. Aus der Vorschrift läßt sich nichts dafür entnehmen, daß die Vormerkung ihre schützende Wirkung lediglich dann entfaltet, wenn sie vor dem Erbfall

---

171) Prot. Bd. V, S. 779: "Nachdem im § 19 c KO (jetzt § 24 KO) die entscheidende Bedeutung der Vormerkung dahin ausgesprochen sei, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch von der Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners nicht berührt werde, daß vielmehr die Vormerkung das Recht gebe, vom Konkursverwalter die Erfüllung des Anspruchs zu verlangen, müsse auch zum Ausdruck gelangen, daß der Erbe des Schuldners, welcher dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruche gegenüber im Allgemeinen keines der ihm gegen den Anspruch zustehenden Rechte (Einreden) verliert, die aus der Unzulänglichkeit des Vermögens hergenommene Einrede der Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten .... der Vormerkung gegenüber nicht geltend machen könne."

172) Die Dürftigkeit des Nachlasses gewährt dem Erben nicht die echte Einrede der beschränkten Erbenhaftung; vielmehr handelt es sich um ein Überbleibsel der im E I generell vorgesehenen sog. Abzugseinrede; vgl. Kipp - Coing, Erbrecht § 90 II 1; RGR-Komm (Johannsen) Vorbem 19 vor § 1967; Staudinger - Lehmann, Vorbem zu §§ 1990 - 1992 Randn 1.

zustande gekommen ist. Vielmehr ist davon auszugehen, daß § 884 grundsätzlich auch dann eingreift, wenn der Vorgemerkte seine Sicherung erst nach Eintritt des Erbfalls erlangt hat. Dies ergibt sich daraus, daß es der Gesetzgeber für nötig befand, in den einzelnen erbrechtlichen Vorschriften ausdrücklich klarzulegen, wann eine nach dem Eintritt des Erbfalls zustande gekommene Vormerkung nicht die Wirkungen des § 884 BGB zu äußern vermag; vgl. z.B. § 1990 II BGB.

Bevor auf die Durchbrechungen dieses Grundsatzes bei den einzelnen Fällen der beschränkten Erbenhaftung eingegangen wird, ist noch auf die Beschränkung vormerkungsmäßiger Sicherung von Ansprüchen vor der Annahme der Erbschaft hinzuweisen. § 1958 BGB bestimmt, daß vor Annahme der Erbschaft ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden kann. Gerichtliche Geltendmachung bedeutet hier nicht nur klageweise Verfolgung des Anspruchs, sondern auch das Ergreifen von Maßnahmen zu seiner vorläufigen Sicherstellung, also Arrest und einstweilige Verfügung. [173] Der Gläubiger kann sich daher bis zur Annahme der Erbschaft im Wege einer gegen den Erben gerichteten einstweiligen Verfügung keine Vormerkung verschaffen. Eine rechtsgeschäftliche Beschränkung des Erben vor Annahme der Erbschaft besteht nicht. Der Bewilligung einer Vormerkung durch den Erben steht also nichts entgegen. Für den Fall der Ausschlagung der Erbschaft enthält § 1959 II BGB eine Regelung: Verfügt der Erbe vor der Ausschlagung über einen Nachlaßgegenstand, so wird die Wirksamkeit der Verfügung durch die Ausschlagung nicht berührt, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte. Nun wird eine Vormerkungsbestellung [174] niemals unaufschiebbar für den Nachlaß sein; die Vormerkung kann also gegenüber dem endgültigen Erben keine Wirkung äußern, falls dieser ihre Bestellung nicht genehmigt (§ 185 II 1, 1. Alternat. BGB). Hält man

---

173) Vgl. RGZ 60, 181; Erman - Bartholomeyczik § 1958 Bem 1 d; Palandt - Keidel § 1958 Bem 1; Staudinger - Lehmann § 1958 Randn 6.

174) Zu der Frage, ob die Vormerkungsbestellung eine Verfügung darstellt, vgl. unten § 11 Anhang.

gutgläubigen Vormerkungserwerb für möglich, [175] so ist eine vom eingetragenen vorläufigen Erben dem gutgläubigen Erwerber bestellte Vormerkung nach §§ 892, 893 BGB auch dem endgültigen Erben gegenüber wirksam. [176]

2. Besonderheiten in den einzelnen Fällen beschränkter Erbenhaftung.

a) Im Nachlaßkonkurs.

§ 221 II KO bestimmt, daß eine nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung unwirksam ist. Dabei ist es gleichgültig, ob die einstweilige Verfügung vor oder nach dem Erbfall erlassen wurde, denn das Gesetz stellt eindeutig auf die Erlangung der Vormerkung ab, so daß maßgebend allein deren Eintragung ins Grundbuch ist. [177] Nach Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens greift ohnehin § 14 II KO ein, der Vormerkungseintragungen aufgrund einstweiliger Verfügung während des Verfahrens für unzulässig erklärt.
Für die bewilligte Vormerkung existiert keine dem § 221 II KO entsprechende Vorschrift. Daraus muß geschlossen werden, daß der Erbe vor Verfahrenseröffnung dem Nachlaßgläubiger eine Vormerkung bewilligen kann. [178] Für die Zeit nach Konkurseröffnung gelten die §§ 6, 7 KO.

b) Im Vergleichsverfahren über den Nachlaß.

Die Rechtslage ist hier genau dieselbe wie beim Nachlaßkonkurs; vgl. § 113 I Ziff. 4 VergO.

c) In der Nachlaßverwaltung.

Für die erzwungene Vormerkung fehlt es an einer dem § 221 II KO entsprechenden Vorschrift; § 1984 II BGB betrifft die umgekehrt liegenden Fälle von Zwangsvollstreckungen und

---

175) Vgl. dazu unten § 15 II.

176) Vgl. Staudinger - Lehmann § 1959 Randn 15; vgl. dort auch die Ausführungen zum Erwerb aufgrund des öffentlichen Glaubens des Erbscheins nach §§ 2366/67 BGB.

177) Vgl. Planck - Strecker § 884 Bem 2; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 138.

178) Vgl. z.B. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 161 f.; Erman - Westermann Bem zu § 884; Planck - Strecker § 884 Bem 2; Sekler, Vormerkung, S. 217; Staudinger - Seufert § 884 Randn 3.

Arresten in den Nachlaß zugunsten von Gläubigern, die nicht Nachlaßgläubiger sind. Man wird jedoch dem Erben zubilligen müssen, sich im Wege des § 784 ZPO gegen eine aufgrund einstweiliger Verfügung erlangte Vormerkung zur Wehr zu setzen, wenn sie ein nicht zum Nachlaß gehöriges Grundstück belastet. [179]

Für die Bewilligung der Vormerkung gilt das unter a) zum Nachlaßkonkurs Ausgeführte: Bis zur Anordnung des Verfahrens ohne weiteres möglich; nach diesem Zeitpunkt ausgeschlossen; vgl. § 1984 I 1 und 2 BGB, der auf § 7 KO verweist.

d) Bei Dürftigkeit des Nachlasses.

Nach § 1990 II wird das Recht des Erben, Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger nach Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt. Auch hier ist wieder gleichgültig, wann die einstweilige Verfügung erlassen wurde; es kommt lediglich auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung an. [180]

Aus § 1990 II BGB kann wie aus § 221 II KO geschlossen werden, daß eine vom Erben bewilligte Vormerkung die Wirkung des § 884 BGB zu äußern vermag. [181]

5. Die praktische Bedeutung des § 884.

Die nach § 883 I BGB durch Vormerkung sicherungsfähigen Ansprüche beziehen sich im Normalfall auf ganz bestimmte zum Erblasservermögen und damit zum späteren Nachlaß gehörende Gegenstände. So haben der Übereignungsanspruch und die Ansprüche auf Bestellung beschränkt dinglicher Rechte das dem Erblasser gehörende Grundstück, die Ansprüche auf Übertragung, Belastung und Aufhebung von Grundstücksrechten dem Erblasser zustehende Rechte zum Gegenstand. Tritt der Erbfall ein, so werden das Grundstück und die Rechte Bestandteile des Nachlas-

---

179) Vgl. dazu Sekler, Vormerkung, S. 223; Palandt - Keidel § 1984 Bem 4; RGR-Komm (Johannsen) § 1984 Bem 5.

180) Siehe dazu die oben in Fußn 177 Genannten am jeweils a.O.

181) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 162 (N. 13 zu § 18); Erman - Westermann Bem zu § 884; Planck - Strecker § 884 Bem 2; RGR-Komm (Johannsen) § 1990 Bem 19; Sekler, Vormerkung, S. 217; Staudinger - Seufert § 884 Randn 3.

ges; sie können niemals Bestandteile des Eigenvermögens des Erben werden. Folglich kann sich auch der Anspruch des Gläubigers - anders als etwa eine Forderung auf Zahlung einer Geldsumme - immer nur gegen den Nachleß richten. Der Erbe kommt also gar nicht in die Lage, sich auf die Beschränkung seiner Haftung berufen zu müssen. Die der Vormerkung durch § 884 BGB beigelegte Wirkung läuft, worauf bereits F u c h s [182] hingewiesen hat, in diesen Fällen leer. Denn daß der gesicherte Gläubiger z.B. im Nachlaßkonkurs unbeeinträchtigt Befriedigung begehren kann, beruht ja nicht auf § 884 BGB, sondern auf § 24 KO.

Ein Wirksamwerden des § 884 BGB ist überhaupt nur denkbar, wenn sich der Erblasser hinsichtlich eines nicht zu seinem, sondern zum Erbenvermögen gehörenden Gegenstandes verpflichtet, also z.B. dem K ein Grundstück des nachmaligen Erben verkauft hat. Zur wirksamen Vormerkungsbestellung für K wäre in diesem Falle erforderlich, daß der Erblasser (zu Unrecht) als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen und K gutgläubig wäre. [183] Nach dem Erbfall könnte sich der Erbe gegenüber K wegen § 884 BGB, etwa im Falle des Nachlaßkonkurses, nicht auf seine beschränkte Haftung berufen; er müßte vielmehr aus seinem Vermögen den Anspruch des K erfüllen. Wäre in dem Beispielsfall K bösgläubig, so käme mit Eintritt des Erbfalls § 185 II 1, 3. Alternat. BGB zur Anwendung, [184] d.h. die Vormerkungsbestellung würde erst dann wirksam, wenn der Erbe unbeschränkt haften würde. Für den Fall unbeschränkter Haftung des Erben wäre jedoch § 884 BGB ohnehin überflüssig. Keinesfalls darf aus § 884 geschlossen werden, die Vormerkung werde auf jeden Fall wirksam, auch wenn der Erbe nur beschränkt hafte; denn Voraussetzung für die Anwendung des § 884 ist gerade, daß die Vormerkung überhaupt zustande gekommen ist, und das bestimmt sich, wie gesagt, nach § 185 II 1 BGB.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß § 884 BGB praktisch bedeutungslos ist. Aber obwohl mehr deklaratorischer Natur,

---

182) Grundbuchrecht Bd. I § 884 Bem 4 zu b und c. In den neueren Sachenrechtsdarstellungen kommt diese Erkenntnis nicht mehr zum Ausdruck.

183) Über den gutgläubigen Vormerkungserwerb vgl. unten § 15 II.

184) Über die Verfügungsnatur der Vormerkungsbestellung vgl. unten § 11 Anhang.

ist die Bestimmung doch ein wichtiges Indiz für die Tendenz des Gesetzgebers: Der vorgemerkte Anspruch soll alle für seine Erfüllung gefahrbringenden Situationen ohne Schaden überstehen.

II Der Schutz des Vorgemerkten gegen andere anläßlich des Erbfalls auftretende Gefahren.

Dieser Rechtsgedanke liegt auch den den § 884 BGB ergänzenden und praktisch bedeutsamen erbrechtlichen Vorschriften zugrunde.

1. Schutz im Verfahren zum Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Nach § 1970 BGB können die Nachlaßgläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert werden. § 1973 I 1 BGB bestimmt, daß der Erbe die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern kann, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. § 1971 S. 2 BGB verhindert, daß dem Vorgemerkten das Schicksal eines ausgeschlossenen Gläubigers widerfahren kann: er wird durch das Aufgebot überhaupt nicht betroffen. Dabei ist gleichgültig, ob es sich um eine bewilligte oder erzwungene Vormerkung handelt, und ob die Vormerkung vor oder nach dem Erbfall oder sogar erst nach Beginn des Laufs der Aufgebotsfrist eingetragen wurde.[185] Diese Lösung steht völlig in Einklang mit dem Zweck[186] des Aufgebotsverfahrens, den Erben über den Stand des Nachlasses aufzuklären, ihm die Entschließung zu ermöglichen, ob er zu den allgemeinen Mitteln der Haftungsbeschränkung greifen soll, und ihn gegen unbekannte Nachlaßgläubiger zu sichern. Wird die Vormerkung auch nur einen Tag vor Erlaß des Ausschlußurteils eingetragen, so kennt der Erbe die Existenz des Anspruchs genauso, wie wenn dieser angemeldet worden wäre.

2. Schutz vor Verschweigung des vorgemerkten Anspruchs.

Genauso wenig wie er durch ein Aufgebotsverfahren betroffen

---

185) Vgl. Palandt - Keidel § 1971 Bem 2.

186) Vgl. dazu Palandt - Keidel § 1970 Bem 1; RGR-Komm (Johannsen) Vorbem vor § 1970; Staudinger - Lehmann Vorbem vor § 1970 Randn 1.

werden kann, kann der vorgemerkte Gläubiger seinen Anspruch nach § 1974 I BGB verschweigen; vgl. § 1974 III BGB.

3. Versagen der Dreimonatseinrede gegenüber dem Vorgemerkten.

Schließlich kann der Erbe einem vorgemerkten Gläubiger gegenüber nicht die Dreimonatseinrede des § 2014 BGB erheben; vielmehr hat er, wenn es der Vorgemerkte begehrt, sofort zu erfüllen; vgl. § 2016 II BGB. Im Gegensatz zu den Fällen der §§ 1971 u. 1974 BGB kann allerdings hier eine nach dem Erbfall im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung dem Gläubiger nicht mehr die gewünschte Vorzugsstellung vor den anderen Gläubigern verschaffen. Hier geht es nicht nur (negativ) um das Ausgeschlossenwerden, sondern (positiv) um eine günstigere Befriedigungsmöglichkeit, die sich niemand im Wege der Zwangsvollstreckung oder der einstweiligen Verfügung soll verschaffen können.[187] Dagegen bestehen keine Bedenken, einer nach dem Erbfall bewilligten Vormerkung die Wirkungen des § 2016 BGB zuzubilligen.[188]

§ 8

Die aus der gesetzlichen Regelung ersichtlichen Grundsätze der Vormerkung.

I Der Zweck der Vormerkung.

Aus § 883 I BGB ergibt sich, daß die Vormerkung der Sicherung persönlicher Ansprüche auf dingliche Rechtsänderungen zu dienen bestimmt ist. Wenn auch mit einigem Widerwillen, hat sich der Gesetzgeber schließlich dazu durchgerungen, die im Buchapparat liegende Möglichkeit wahrzunehmen, dem schuldrechtlichen Band über die Beziehungen von Gläubiger und Schuldner hinausgehende Wirkungen beizulegen. Der Gläubiger soll gegen die aus der - trotz obligatorischer Bindung vorhandenen - Ver-

187) Vgl. Staudinger - Lehmann § 2016 Randn 3.

188) Vgl. Palandt - Keidel Bem zu § 2016; RGR-Komm (Johannsen) § 2016 Bem 5; Staudinger - Lehmann § 2016 Randn 4.

fügungsfreiheit seines Schuldners fließenden Gefahren geschützt werden; [189] [190] man kann deshalb von der Vormerkung mit Recht sagen, daß sie eine Beschränkung des privatrechtlichen Hauptfreiheitsrechts des § 137 BGB darstellt. [191]

II Die akzessorische Natur der Vormerkung.

Jahrzehntelang standen Literatur und Rechtsprechung angesichts der eindeutigen Regelung des § 883 I BGB einhellig auf dem Standpunkt, daß n u r obligatorische Ansprüche durch Vormerkungen gesichert werden können. [192] Abweichungen in der älteren Rechtsprechung [193] waren nicht von dem Bestreben getragen, andere als obligatorische Rechtsstellungen dem Vormerkungsschutz zu unterstellen; sie beruhten vielmehr auf der heute einhellig [194] als irrtümlich erkannten Auffassung, die nach § 873 II BGB bindend gewordene Einigung verschaffe dem Erwerber einen obligatorischen Anspruch auf endgültige Verschaffung des betreffenden Rechts.

---

189) In diesem Sinne z.B. Baur, Sachenrecht § 20 I 1, Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 219; Heck, Sachenrecht § 47 I 1 b; Palandt - Hoche § 883 Bem 1 a; Planck - Strecker Vorbem VIII 3 b vor § 873; Soergel - Baur § 883 Randn 1; Staudinger - Seufert § 883 Randn 4; Westermann, Sachenrecht § 84 I 1 a.

190) Da die Vormerkung gegen die vom wirklich Berechtigten drohenden Gefahren zu schützen bestimmt ist, ist es unzutreffend, sie als Mittel zum Schutze gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu charakterisieren. So aber Endemann, Lehrb., Bd. II, 1. Abt., S. 249; Güthe - Triebel, GBO § 25 Randn 14; Othmer, Vormerkung, S. 2.

191) Dies gilt vor allem für die bewilligte Vormerkung; die erzwungene Vormerkung ist insofern nichts Exzeptionelles, als zwangsweise Beschränkungen der privatrechtlichen Verfügungsfreiheit auch sonst häufig vorkommen; vgl. insbes. § 136 BGB.

192) St. Rspr. des RG; vgl. z.B. RGZ 60, 426; 151, 77; ferner etwa KGJ 50, 107. Aus der Lit. vgl. z.B. Erman - Westermann § 883 Bem 4; Heck, Sachenrecht § 47 I 1; Palandt - Hoche § 883 Bem 3 a; Planck - Strecker § 883 Bem 1 a; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 12; Soergel - Baur § 883 Randn 1; Staudinger - Seufert § 883 Randn 14 a; Westermann, Sachenrecht § 84 II; Wolff - Raiser § 48 I.

193) KG Seuff Arch 66 Nr. 237, S. 459.

194) Vgl. dazu bereits OLG Rostock Seuff Arch 65 Nr. 9, S. 16; ferner: Planck - Strecker § 873 Bem III 6; RGR-Komm (Pritsch) § 873 Bem 108; Schilling, Auflassungsvormerkung bei formnichtigem Grundstückskauf, DtNotZ 1958, 575; Soergel - Baur § 873 Randn 24; Staudinger - Seufert § 873 Randn 75; Westermann, Sachenrecht § 76 I 5; Wolff - Raiser § 38 II 3.

Die stürmische Entwicklung der dinglichen Anwartschaften hat neuerdings diesen scheinbar gesicherten Grundbestand des Rechts der Vormerkung ins Wanken gebracht.

Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OLG Celle.[195] Ihr lag ein Fall zugrunde, in dem die Parteien trotz formnichtigen Grundstückskaufvertrags (Verstoß gegen § 313 S. 1 BGB) die Auflassung erklärten. Überdies bewilligte der Verkäufer dem Käufer und späteren Kläger eine Vormerkung, die auch ins Grundbuch gelangte. Am Tag darauf wurde für den Beklagten eine Zwangshypothek eingetragen. Der Kläger verlangte vom Beklagten Zustimmung zur Löschung dieser Hypothek (§ 888 I BGB). Das OLG verurteilte antragsgemäß mit der Begründung, die Vormerkung sei wirksam zustande gekommen. Zwar sei der schuldrechtliche Vertrag nichtig, der Kläger habe jedoch mit Rücksicht auf § 873 II BGB bereits eine Rechtsposition erlangt, die über eine bloß tatsächliche Erwerbsaussicht hinausgehe, denn er könne ohne Mitwirkung des Verkäufers seine Eintragung ins Grundbuch und damit den vollständigen Rechtserwerb herbeiführen.
Das OLG Celle ist nun aber nicht so konsequent, auszusprechen, die dem Auflassungsempfänger zugewachsene Rechtsposition könne als solche durch eine Vormerkung gesichert werden. Vielmehr argumentiert es, um die Vormerkung nicht völlig vom schuldrechtlichen Bereich emanzipieren zu müssen, aus der Stellung des Auflassungsempfängers erwachse diesem ein bestimmbarer künftiger obligatorischer Anspruch auf Übereignung i.S. von § 883 I 2 BGB, da die Eintragung der dinglichen Rechtsänderung gemäß § 313 S. 2 BGB den Formmangel des schuldrechtlichen Vertrages heile.
Mit Recht hat die Berufung auf §§ 313 S. 2, 883 I 2 BGB zur Aufrechterhaltung der Vormerkung Kritik hervorgerufen.[196] Zutreffend wird darauf hingewiesen, die Heilung des Formmangels nach § 313 S. 2 BGB trete erst ex nunc ein,[196a] so daß derselbe Umstand - die Erfüllung -, der den Anspruch erzeuge, ihn

---

195) NJW 1958, 1095 = DtNotZ 1958, 418.

196) Vgl. Schilling, Auflassungsvormerkung bei formnichtigem Grundstückskauf, DtNotZ 1958, 574; Diehl, NJW 1958, 1497; Seufert, Auflassungsvormerkung bei formnichtigem Grundstückskaufvertrag, JR 1959, 169; Raiser, Anwartschaften, S. 32, Fußn. 78.

196a) Vgl. dazu insbes. RGZ 75, 115; 134, 86 f.; RG JW 1929, 438 und neuerdings Schilling, a.a.O., S. 574.

auch zum Erlöschen bringe.[196 b)] Abgesehen davon, daß aus diesem Grunde zu keiner Zeit ein sicherungsfähiger obligatorischer Anspruch vorhanden ist, spricht gegen die Zulässigkeit einer Vormerkung im Falle der Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrags die insbesondere bei der erzwungenen Vormerkung evidente Gefahr einer Vereitelung des Schutzzwecks des § 313 S. 1 BGB. Würde man eine Vormerkung zulassen, so könnte im Wege der einstweiligen Verfügung im Ergebnis das herbeigeführt werden, was § 313 zu vereiteln trachtet, nämlich eine Beschränkung des Grundstückseigentümers in seinem freien Willen, ohne daß er dazu einen rechtlich relevanten Anlaß gegeben hat.

Dies spricht auch gegen eine Sicherungsfähigkeit der dinglichen Anwartschaft aus der Auflassung als solcher, die von B o s c h [196 c)] zwangsläufig deshalb bejaht werden muß, weil er im Gegensatz zur ganz h.M.[196 d)] die Auffassung vertritt, mit Erklärung der Auflassung erlösche der schuldrechtliche Übereignungsanspruch.[196 e)] Weiter ist zu bedenken, daß die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers bei Nichtigkeit des Kausalgeschäfts sehr anfällig ist, insbesondere vom Veräußerer nach § 812 BGB kondiziert werden kann, falls nicht zu seinen Ungunsten wegen Kenntnis der Nichtigkeit § 814 BGB eingreift.[196 f)] Diese schwache Stellung des Erwerbers durch eine Vormerkung abzusichern und damit dem Veräußerer, der nicht einmal obligatorisch verpflichtet ist, seine Verfügungsfreiheit zu nehmen, ist unter keinen Umständen gerechtfertigt. Ist der Kaufvertrag aber gültig, so besteht kein Bedürfnis dafür, das Anwartschaftsrecht als Grundlage der Vormerkung heranzuziehen.

Aus dem Zweck der Vormerkung - Sicherung des schuldrechtlichen

---

196b) In diesem Sinne besonders klar bereits Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem III 1 c.

196c) Verfügungen über die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers, (ungedr.) Tübinger Diss., 1958, S. 107 f.

196d) Vgl. dazu Raiser, Anwartschaften, S. 29, insbes. Fußn 76 mit weiteren Nachweisen.

196e) Bosch, a.a.O., S. 56 ff., insbes. S. 59.

196f) Raiser, Anwartschaften, S. 20; Wolff - Raiser § 38 IV.

Anspruchs des Gläubigers - wird nahezu einhellig [197] geschlossen, die Vormerkung sei streng akzessorisch und stehe und falle mit dem ihr zugrunde liegenden Anspruch; sei der Anspruch nicht entstanden, so entstehe auch die Vormerkung nicht, erlösche der Anspruch, so gehe auch die Vormerkung unter. Folgerichtig ist auch der weitere aus den engen Verknüpfung der Vormerkung mit dem obligatorischen Anspruch abgeleitete Schluß der h.M., die Vormerkung folge dem gesicherten Anspruch im Falle seiner Übertragung nach § 40 1 BGB. [198] Wird der Übergang der Vormerkung ausgeschlossen, [199] so erlischt sie wegen der damit verbundenen Loslösung vom obligatorischen Anspruch. [200]

---

197) RGZ 55, 343; 65, 261; 81, 290; 124, 84; 151, 76; Warn Rspr. 1910 Nr. 239; 1928 Nr. 128; 1937 Nr. 100; 1940 Nr. 42; Seuff Arch 78 Nr. 133; KG OLG 26, 5; KGJ 42, 210; BGHZ 12, 117 f.; Bendix, Vormerkung, Gruch Beitr 49, 293 ff.; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 130 ff.; Erman - Westermann § 883 Bem 9; J. v. Gierke, Sachenrecht § 20 III 1; Palandt - Hoche § 883 Bem 2 u. 3 und § 886 Bem 1 b; Philipsen, Vormerkung, S. 75; Planck - Strecker § 883 Bem 1 a u. 7 und § 886 Bem 1 a; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 80; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 21 und 34; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem III 1 c; Soergel - Baur § 883 Randn 3; Staudinger - Seufert § 883 Randn 13, 14 b, 36 u. § 886 Randn 7; Westermann, Sachenrecht § 84 II u. V 1, Wolff - Raiser § 48 I. A.A. Fuchs, Vormerkung, LZ 1914, Sp. 7, der aus § 886 BGB den dogmatisch völlig verfehlten Schlu ableitet, auch im Falle des Nichtbestehens des obligatorischen Anspruchs habe der Vormerkungsbetroffene lediglich einen Anspru auf Beseitigung der Vormerkung gegen den Gläubiger.

198) Aus der Rspr. vgl. z.B. RGZ 83, 438; 142, 333; KGJ 43, 209; LG Hagen NJW 1955, 1798; BGHZ 25, 23. Aus der Lit. vgl. z.B. Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 3; Cosack - Mitteis, Lehrb., Bd. II S. 94; Erman - Westermann § 401 Bem 2; Feldmann, Vormerkung, S. Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht § 79 III 1 a; Palandt - Danckmann § 401 Bem 1 b; Philipsen, Vormerkung, S. 54; Soergel - Reimer Schmidt § 401 Randn 2; Soergel - Baur § 883 Randn 32; Staudinger - Seufert § 883 Randn 70.

199) § 401 ist abdingbar, vgl. z.B. Enneccerus - Lehmann, Schuldrech § 79 III; Heck, Schuldrecht § 66, 2 c.

200) Ganz h.M.; a.A. außer Fuchs, a.a.O. v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 337 (N. 150 zu § 119); Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 7 b β . Die Inkonsequenz dieser Auffassung zeigt sich be sonders deutlich bei Rosenberg, der (§ 883 Bem IV 7 a) ausdrück lich ausführt, die Vormerkung gehe mit Erlöschen des gesicherte Anspruchs unter. Wer grundsätzlich die akzessorische Natur der Vormerkung bejaht, muß alle Fälle, in denen der Vormerkung ihr Substrat, der gesicherte Anspruch, entzogen wird, einheitlich behandeln. Denselben Vorwurf muß sich Sekler machen lassen, der obwohl auf dem Grundsatz der Akzessorietät stehend (Vormerkung, S. 31), verlangt, die Vormerkung an Grundstücken müsse ausdrück lich gelöscht werden, wenn sie nach § 401 nicht mit dem abgetre tenen Anspruch übergehen solle; werde einfach der Übergang eine derartigen Vormerkung ausgeschlossen, so sei die Abtretung nich

3. Teil

Die Rechtsnatur der Vormerkung.

Vorbemerkung.

Wie bereits in der Einleitung hervorgehoben, erfolgt die Untersuchung der Rechtsnatur der Vormerkung nicht um ihrer selbst willen; sie soll vielmehr der Einordnung des Instituts in das Sachenrechtssystem des BGB dienen. Es ist deshalb zunächst zu untersuchen, was das Wesen der Rechte ist, für deren Behandlung der Gesetzgeber die Vorschriften des 3. Buches geschaffen hat. Erst wenn feststeht, ob und welche Dinglichkeitsmerkmale der Vormerkung zukommen, kann sinnvollerweise die Untersuchung angestellt werden, ob und inwieweit die Vorschriften über dingliche Rechte an Grundstücken auf das Institut angewandt werden können.

§ 9

Das Wesen der dinglichen Rechte.

Vorbemerkung.

Das Wesen der Dinglichkeit gehört auch heute noch zu den umstrittenen Problemen des Zivilrechts. Allerdings geht der Streit, anders als in der gemeinrechtlichen Wissenschaft, vorwiegend nicht mehr darum, welche Rechtsinstitute dinglicher Natur sind; insoweit hat das BGB für die Mehrzahl der Fälle eindeutig entschieden. Die Untersuchungen haben sich vielmehr - soweit sie nicht l'art pour l'art angestellt werden - der Problematik zugewandt, was das Gemeinsame der vom BGB eindeutig als dinglich qualifizierten Rechte ist. Da jedoch das BGB an den im 19. Jahrhundert zur Herrschaft gelangten Ideen nicht vorübergehen konnte und wollte, wirken diese in ihm weiter. Infolgedessen sind die Argumente

für und wider die verschiedenen Merkmale der Rechte als Kriterien der Dinglichkeit im wesentlichen dieselben geblieben wie vor Schaffung des BGB. Dies rechtfertigt es und zwingt sogar dazu, im folgenden auch die früheren Vertreter der einzelnen Theorien zu Wort kommen zu lassen. Allerdings ist auch hier hervorzuheben, daß es nicht das Ziel der folgenden Ausführungen sein kann, einen idealen Dinglichkeitsbegriff zu gewinnen. [201] Ein solches Unterfangen müßte zwangsläufig in Konflikt mit dem positiven Recht geraten, was gerade nicht im Interesse einer Untersuchung liegen würde, deren hauptsächliches Anliegen es ist, die Anwendbarkeit gewisser Vorschriften des geltenden Rechts auf ein Institut des geltenden Rechts zu überprüfen.

I Die verschiedenen Theorien vom Wesen der Dinglichkeit.

1. Die Theorie von der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft.

Bereits die gemeinrechtliche Doktrin war weitgehend beherrscht von der Auffassung, dingliche Rechte seien diejenigen, "welche uns eine Sache unmittelbar unterwerfen". [202] Diese Lehre fußt hauptsächlich auf den von Savigny [203] mit bestechender Klarheit herausgearbeiteten möglichen Objekten rechtlicher Beziehungen. Nach seiner Auffassung kann der menschliche Wille einwirken auf die eigene Person und auf die Außenwelt. Die rechtlichen Verhältnisse zur Außenwelt können bestehen in der Beherrschung der unfreien Natur und in der Beziehung zu den dem Wollenden gleichartigen freien Wesen, d.h. den übrigen Rechtsgenossen. Zur Beziehung des Menschen zur unfreien Natur sagt Savigny [204] wörtlich: "Die unfreye Natur kann

---

201) Das wäre selbstverständlich auch ein echtes wissenschaftliches Anliegen; vgl. Wolff - Raiser § 1 Fußn 5.

202) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 49; weiter etwa Brinz, Pandekten, Bd. I, S. 468 und Windscheid in den früheren Auflagen seiner Pandekten, z.B. in der 3. Aufl. von 1873, S. 90.

203) System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 334 ff.

204) A.a.O. S. 338.

von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begränzung; ein so begränztes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigsten Form Eigentum heißt." Auch später wurde immer wieder betont, das Wesen des dinglichen Rechts sei zu erblicken in der rechtlichen Herrschaft der Person über eine Sache, in dem Recht des Menschen, das Schicksal einer Sache zu bestimmen. Die Beziehungen der Menschen zu den Sachen seien zwar zunächst tatsächlicher Natur. Die Rechtsordnung erhebe sie aber zu rechtlichen, damit nicht die Gewalt entscheide, wer die einzelnen Sachen seinen Bedürfnissen nutzbar machen solle. [205] Schließlich sieht die neuere Literatur zu einem großen Teil in der Unmittelbarkeit der Sachbeherrschung das wesentliche Merkmal der dinglichen Rechte. So führt z.B. D u l c k e i t [206] aus: "Mit der herkömmlichen Auffassung sehen wir das Kennzeichen eines dinglichen Rechts in der unmittelbaren Beherrschung oder Beherrschbarkeit eines Vermögensobjekts." [207]

2. Die Theorie von der absoluten Wirkung.

Eine zweite große Gruppe in der Literatur vertritt die Auffassung, das Wesen der dinglichen Rechte sei beschlossen in ihrer Wirksamkeit gegen jedermann, insbesondere in der Absolutheit ihres Klageschutzes. Dagegen sei bei obligatorischen

---

205) Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, Arch Bürg R 5, 13. So z.B. auch Crome, System, Bd. III, S. 4; Endemann, LB Bd. II, 1. Abt., S. 9 (Zur begrifflichen Ausgestaltung des Sachenrechts genügen das Rechtssubjekt und das beherrschte Rechtsgut); Heymann in JW 1917, 513; v. Tuhr Allgem. Teil, Bd. I, S. 133 (Die Sachenrechte gewähren in vollem oder beschränktem Maß Herrschaft über eine Sache); Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II, 1. Halbband, 3. Aufl. 1896, S. 78. Auf diesem Standpunkt standen auch die Schöpfer des BGB; vgl. Mot. III, 2.

206) Verdinglichung, S. 7.

207) Ähnliche Formulierungen finden sich in den neueren Sachenrechtslehrbüchern, Kommentaren und in den höchstrichterlichen Entscheidungen; vgl. z.B. Eichler, Institutionen, Bd. I, S. 1; Planck - Strecker, Vorbemerkungen II 3; Staudinger - Seufert Einl. vor § 854 Randn 2; Westermann, Sachenrecht § 1 II 3 b; Wolff - Raiser § 2 I; RGZ 53, 100; 93, 236. Entschieden i.S. der Sachherrschaftstheorie neuerdings auch Raiser, Dingliche Anwartschaften, S. 58 ff.

Rechten das verpflichtete Subjekt von vornherein bestimmt; dem Berechtigten stehe nur ein einzelner oder eine bestimmte Mehrheit von Verpflichteten gegenüber, und im Verhältnis zu Dritten vermöge das schuldrechtliche Band keine Wirkungen zu äußern. Diese Lehre hat ihren Ausgangspunkt in der schon auf Kant [208] zurückgehenden Annahme, daß rechtliche Beziehungen zwischen Personen und Sachen undenkbar seien; das Recht wende sich vielmehr immer nur an Menschen. In diesem Sinne lehrte Thibaut, [209] man nenne ein Recht dinglich, wenn es mit einer actio in rem versehen sei. Lenel [210] formuliert: "In Wirklichkeit ist eine Unmittelbarkeit der Beziehung zwischen Recht und Sache ganz unmöglich; denn der Staat kann nur wirken durch die ihm zu Gebote stehenden Mittel: Gebote an und Zwang gegen Personen. Unmittelbar ist ... nicht das rechtliche, sondern das tatsächliche Verhältnis des Berechtigten zur Sache, welches das Recht herzustellen bezweckt."

Wesentlich beeinflußt ist die Absolutheitstheorie von der von Thon [211] begründeten und später von Bierling [212] und Hold von Ferneck [213] fortgeführten Imperativentheorie, nach der das Recht ausschließlich aus Verboten und Geboten an Menschen besteht. Einer derartigen Auffassung vom Recht mußte die Annahme einer rechtlichen Beziehung zwischen Person und Sache im Innersten zuwiderlaufen. [214] Unter dem Einfluß der Imperativentheorie wurde in der Folgezeit viel Scharfsinn aufgewendet, um die

---

208) Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl., Königsberg 1798, S. 80 ff.

209) Pandekten, Bd. I, S. 52.

210) Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Heidelberg 1876, S. 1

211) Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.

212) Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, 1894, insbes. S. 19 ff.

213) Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1903, S. 11 ff.

214) Vgl. Thon a.a.O., S. 3: "Mit ihren Imperativen wendet sich die Rechtsordnung lediglich an Menschen. Wie alles Recht von Menschen ausgeht, so werden auch seinen Satzungen nur Menschen unterworfen." Charakteristisch für diese Richtung ist die Auffassung Thons a.a.O. S. 156 vom Eigentum: Zu einem Privatrecht werde das Eigentum erst, insoweit aus Übertretungen der zu seinem Schutz aufgestellten Normen dem Eigentümer ein Anspruch auf Beseitigung jener Normwidrigkeit erwachse. Erst die Privatansprüche des Eigentümers auf fernere Unterlassung der Anmaßung totalen oder

Theorie der unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen Person und Sache ad absurdum zu führen. O e r t m a n n [215] führt z.B. in einer an Zynismus grenzenden Weise aus: "Bestände das Eigentum an meinem Hunde in der unmittelbaren rechtlichen Macht über ihn, so müßte sich auch gegen das Tier die Norm richten, dieses mein Recht nicht zu verletzen; gegen den entlaufenen müßte ich klagen und ihm etwa, der bekannten Bestimmung des preußischen Eherechts analog, einen Rückkehrbefehl öffentlich zustellen lassen können." Auch W i n d s c h e i d konnte sich dem Gedankengut der Imperativentheorie nicht verschließen: Während er sich 1856 [216] noch ganz im Sinne der Theorie der unmittelbaren Sachbeherrschung ausgesprochen hatte, kann er in § 38 der 6. Aufl. seiner Pandekten den Einfluß Thons nicht verleugnen. [217]

Zwar konnte sich die Imperativentheorie nicht allgemein durchsetzen, [218] aber gerade bei den Untersuchungen über das Wesen der Dinglichkeit hat sie ziemlich lange nachgewirkt. Wie bereits in seiner oben angeführten Abhandlung über den Dinglichkeitsbegriff ist O e r t m a n n auch noch in seinem Aufsatz zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123, 129 ff. von ihren Ideen beeinflußt. [219] [220]

Auch der profilierteste und streitbarste Verfechter der Absolutheitstheorie in neuerer Zeit, E u g e n F u c h s , fußt auf der Imperativentheorie. Seine Vorwürfe gegen die Sachherrschaftstheorie gipfeln in der Feststellung, wenn Ding-

---

noch

214) teilweisen Genusses, welche klageweise verfolgt in der rei vindicatio und actio negatoria ihren Ausdruck fänden, erheben das Eigentum zum Privatrecht.

215) Der Dinglichkeitsbegriff, Dogmat Jahrb 31, 428.

216) Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856, S. 19.

217) Und auf S. 167 der 9. Bearbeitung der Windscheid'schen Pandekten sagt Kipp: "Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache."

218) Über ihre Auswirkungen im Strafrecht vgl. Baumann, Strafrecht, Allgem. Teil, Bielefeld 1960 § 15 III 1 b.

219) Vgl. sein Eingeständnis in AcP 123, 132.

220) Vgl. weiter etwa Rümelin, Obligation und Haftung, AcP 68, 200.

lichkeit wirklich reale Herrschaft über Sachen wäre, dann könnte es in der Rechtsordnung nur ein dingliches Recht, nämlich den Besitz geben. [221]

3. Die Theorie vom Sukzessionsschutz.

Insbesondere in der neueren Literatur [222] wird neben den Absolutheitsschutz in der Form des Schutzes des Berechtigten gegen störende Eingriffe Dritter in seinen Sachgenuß der sogenannte Sukzessionsschutz als Dinglichkeitsmerkmal gestellt. Dieser Schutz sei sogar ein spezifisch sachenrechtlicher, während der Störungsschutz gegenüber Dritten ein Merkmal aller absoluten Rechte sei. Gemeint ist mit diesem Begriff der Schutz des beschränkt dinglich Berechtigten vor Rechtsverlust bei Übertragung des Gegenstandes, auf dem sein Recht ruht. M.a.W.: "Der Erwerber des belasteten Grundstücks muß das begrenzte dingliche Recht, das auf dem Grundstück ruht, gegen sich gelten lassen. Das dingliche Recht setzt sich ihm gegenüber durch, ohne daß ein ihm dem Berechtigten gegenüber verpflichtender Rechtsgrund wie in schuldrechtlichen Verhältnissen vorhanden ist." [223]

---

221) Das Wesen der Dinglichkeit, S. 11.

222) Hübner - Riegner, Sachenrecht, 1948, S. 7; Eichler, Institutionen, Bd. I, S. 7. Anklänge des Sukzessionsschutzgedankens auch bei Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I), Dogmat Jahrb 74, 220 ff.; Raape unterscheidet zwischen dem Schutz eines Rechts gegen die Eingriffe Dritter und seinem Schutz im Verhältnis zum Besteller und dessen Rechtsnachfolger. Wenn jemand ein Recht als absolut bezeichne, so könne dies sowohl im Hinblick auf erstere als auch im Hinblick auf die letztere Erscheinung gemeint sein. Es frage sich, ob diese beiden Bedeutungen des Wortes absolut überhaupt einen inneren Zusammenhang hätten. Dies sei nicht der Fall. Vielmehr handle es sich bei dem Worte absolut um zwei ganz verschiedene Eigenschaften des subjektiven Rechts, von denen die eine seinen Schutz, die andere seine Unabhängigkeit oder Selbständigkeit betreffe. Natürlich könne man sagen, daß das Erbbaurecht gegen Verfügungen des Bestellers rechtlich "geschützt" sei, indem es von ihnen nicht berührt werde. Aber dann rede man von Schutz in einem anderen Sinne, als wenn man sage, daß das Erbbaurecht durch ein allgemeines Störungsverbot geschützt sei.

223) Eichler, a.a.O. S. 7.

Die Theorie von der Dauer als Merkmal der dinglichen Rechte.

Immer wieder, wenn auch weit weniger leidenschaftlich als die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung und die Absolutheit des Klageschutzes, wird die Dauer als Dinglichkeitsmerkmal genannt. Schon U n g e r [224] führt aus, die dinglichen Rechte hätten die Natur der Dauer und Beständigkeit. Ihr Inhalt sei in der Regel unerschöpflich und in ihrer Natur liege an sich nichts, was eine Veränderung oder einen Verlust herbeiführen würde. [225] In neuerer Zeit weist R a d - b r u c h [226] aus rechtsphilosophischer Sicht darauf hin, die Sachenrechte gewährten dauernden Genuß, während die schuldrechtlichen Forderungsrechte durch ihre Befriedigung untergingen. Eine auf Sachenrechte gegründete Rechtsordnung sei statisch, eine auf Forderungsrechte gegründete ruhelos, labil, dynamisch. Von den neueren Sachenrechtslehrbüchern behandelt insbesondere H e c k [227] die Frage nach der Dauer als Dinglichkeitsmerkmal. Er sieht jedoch die Dauerwirkung nicht als selbständiges Merkmal der dinglichen Rechte, sondern lediglich als Folgeerscheinung ihres absoluten Schutzes an.

Eine Belebung der Dauer als Dinglichkeitsmerkmal hat L ö - n i n g in seiner Schrift Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930 versucht. Allerdings stellt er dabei nicht auf das bloß äußerliche Zeitmerkmal ab. Vielmehr ist nach seiner Ansicht der Dauerzustand nur dann als Dinglichkeitsmerkmal verwertbar, wenn er Ausdruck eines dahinterstehenden Erhaltungsinteresses ist. Dies beruht auf L ö n i n gs Grundthese, die Grenze zwischen Schuld- und Sachenrecht sei so gezogen, daß die Rechtsinstitute innerhalb des Schuldrechts nur Veränderungsinteressen, innerhalb des Sachenrechts nur Erhaltungsinteressen verwirklichten. [228] Die Einteilung der Interessen in solche, die auf Veränderung, und solche, die auf

---

224) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1863, S. 528.

225) Zustimmend Raape, Aneignungsüberlassung, Dogmat Jahrb 74, 224.

226) Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Göttingen 1959, S. 58.

227) Sachenrecht § 1, 7.

228) A.a.O. S. 7.

Erhaltung einer Wirtschaftslage gerichtet seien, bedinge eine entsprechende Scheidung der Rechtsinstitute. [229]

5. Die Theorie von der Zuordnungsfunktion als Kriterium der dinglichen Rechte.

Neuerdings behauptet W e s t e r m a n n [230], in Wirklichkeit vermöchten die Absolutheit des Klageschutzes und die Unmittelbarkeit der Objektsbeziehung weder allein noch zusammen eine befriedigende Erklärung des Wesens der Dinglichkeit zu geben. Sie seien vielmehr nur Ausflüsse der güterzuordnenden Funktion der dinglichen Rechte. Dabei seien die im Dritten Buch geregelten Erscheinungen durchaus nicht die einzigen Zuordnungsformen. Sie stünden vielmehr neben anderen im BGB und im sonstigen Privatrecht geregelten Institutionen, wobei starke Übereinstimmungen bestünden, soweit nicht die Besonderheiten des zugeordneten Gegenstandes inhaltliche Abweichungen erzwängen. Auch die Vergegenständlichung der Forderung als Zuordnungsobjekt sei nicht zu bestreiten. Inhaltlich schaffe die Forderung zwar nur ein Rechtsband zwischen Gläubiger und Schuldner. Das so bestimmte Rechtsverhältnis sei aber ein zuordnungsbedürftiger und -fähiger Gegenstand. Die Zuordnung bedeute die Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum Vermögen des Berechtigten, wobei der Umfang jeweils durch die Art des Rechts bestimmt werde.

Den zuordnenden Charakter eines jeden Rechts hat bereits W i e a c k e r [231] klar herausgearbeitet, wenn er [232] zum obligatorischen Recht ausführt, die Forderung sei einmal schuldrechtlicher Anspruch auf das Tun oder Unterlassen einer bestimmten anderen Person, des Schuldners (§ 241 BGB), andererseits aber ein Vermögensgegenstand, der wie Grundstücke, Sachen und andere Bestandteile des Vermögens Gegenstand der dinglichen Zuordnung, insbesondere der Verfügung und der Haftung, sodann auch der Vollstreckung sei.

---

229) A.a.O. S. 18.

230) Vgl. § 2 II der 4. Aufl. seines Sachenrechts; ebenso schon die früheren Auflagen. Anklänge des Zuordnungsgedankens auch bei Larenz, Schuldrecht, Bd. I § 2 II, S. 10.

231) Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuld- und Sachenrecht, DRW 1941, 49 ff.

232) A.a.O. S. 61.

6. Die Theorie von der Aussonderungskraft der dinglichen Rechte im Konkurs.

Verschiedentlich stößt man in der Literatur auf die Bemerkung, der Konkurs sei der Prüfstein der Dinglichkeit. Die extremsten Ausführungen in dieser Richtung macht wohl P f l ü g e r [233], wenn er darlegt, der wahre Gegensatz zwischen actiones in rem und actiones in personam - und damit wohl auch der wahre Gegensatz der hinter diesen Ansprüchen stehenden Rechte - offenbare sich im Konkurse des Beklagten. Actiones in rem seien die Ansprüche, die nach römischem Recht vom Konkurse des Beklagten nicht berührt würden, sondern ihren Gegenstand heil aus der Masse herauszögen. Der Konkurs sei damit der Prüfstein der Dinglichkeit. [234]

II S t e l l u n g n a h m e z u d e n v e r s c h i e d e n e n A n s i c h t e n u n d D a r l e g u n g d e r e i g e n e n A u f f a s s u n g.

7. Zur Sachherrschaftstheorie.

Den unbefangen an die verschiedenen Dinglichkeitstheorien Herantretenden befremdet es zunächst, daß die Sachherrschaftstheorie überhaupt umstritten ist. Versucht sie doch das Wesen der dinglichen Rechte aus ihrem Inhalt zu erklären, was auch sonst die richtige Methode ist, das Wesen einer Erscheinung zu erforschen. Wenn überhaupt, so doch erst in zweiter Linie wird man den äußeren Mantel betrachten, der um den Inhalt gelegt ist. Tatsächlich vermag denn auch die Sachherrschaftstheorie das Charakteristikum der im Dritten Buch enthaltenen dinglichen Rechte darzulegen. Das Eigentum besteht in der umfassenden Herrschaft über eine Sache und auch bei den Nutzungsrechten (Nießbrauch, Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit) ist die unmittelbare Beziehung des Berechtigten zum Gegenstand sei-

---

233) AcP 79, 414 ff.

234) In der neueren Literatur wird dieser Gedanke weit zaghafter ausgesprochen; vgl. z.B. Baur, Sachenrecht § 20 IV 2; Westermann, Sachenrecht § 84 III 3.

nes Rechtes evident. [235] Und selbst die dinglichen Verwertungsrechte, bei denen die Person-Sach-Beziehung - jedenfalls im Grundstücksrecht (Hypothek, Grund- und Rentenschuld, Reallast) - nicht so greifbar ist wie bei den Nutzungsrechten, weisen gegenüber entsprechend ausgestalteten schuldrechtlichen Vereinbarungen den tiefgreifenden Unterschied auf, daß das Rechtsobjekt nicht hinter, sondern vor dem oder den Verpflichteten steht; der Berechtigte braucht nicht den Willen anderer zu beugen, um sich überhaupt erst einmal die gewünschte Befriedigungsmöglichkeit zu schaffen. [236] Dies zeigt sich besonders deutlich an der immer wieder ins Feld geführten Tatsache, daß die dinglichen Belastungen in ihrer Existenz - anders als die bloß obligatorischen Beziehungen - unabhängig sind vom Vorhandensein eines speziellen Gegenüber: Dingliche Rechte bestehen weiter, auch wenn die belastete Sache herrenlos wird. [237] Es handelt sich eben bei der Unmittelbarkeit nicht, wie F u c h s [238] meint, um eine besondere Sachnähe, sondern um eine gedankliche Unterwerfung. Andernfalls müßte man in der Tat der Auffassung von L e n z [239] folgen, der Besitz sei das einzig wahre dingliche Recht.

Es kann auch nicht bestritten werden, daß die Art und insbesondere der Umfang der jeweiligen Sachherrschaft allein etwas darüber auszusagen vermögen, mit welchem dinglichen Recht man es zu tun hat. Zutreffend führt E n d e m a n n [240] aus, Genuß und Gebrauch der Sachen seien bestimmend gewesen für die Entstehung und Unterscheidung der Arten der Sachenrechte. Alle diese lebensvollen Gebilde der Sachnutzungen seien unerklärlich und verschwänden, wenn nur die Abwehr anderer und nur die Anwartschaft auf den Schutz allen gegenüber als das Wesen des dinglichen Rechts hingestellt würden.

Schließlich waren die Beziehungen zu den Sachen sicher histo-

---

235) Auf den Streit, ob echte dingliche Rechte auch an obligatorischen Rechten (z.B. Pfandrecht an einer Forderung) denkbar sind, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

236) Vgl. O. v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. I, S. 258 f.; J. v. Gierke, Sachenrecht § 2 I A 2.

237) Vgl. Westermann, Sachenrecht § 1 II 3 b.

238) Vgl. oben I 2.

239) Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen, Berlin, 1860, S. 87 f.

240) Lehrb., Bd. II, S. 11 (Fußn 13 zu § 3).

risch gesehen das Primäre, während die Ausschließungsbefugnisse gegenüber Dritten erst in einem späteren Stadium der Rechtsentwicklung hinzutraten. Es kann m.E. nicht als entscheidendes Argument gegen die Sachherrschaftstheorie gewertet werden, wenn vorgebracht wird, [241] gerade diese historisch völlig richtig gesehene Sachbeherrschung sei eben keine rechtliche Erscheinung, sondern nur etwas Tatsächliches, das rechtlich relevant erst durch die Abschirmung gegenüber Dritten werde. Die Frage ist doch die, ob die Sachherrschaft im Laufe der Rechtsentwicklung nicht nur durch ihre rechtliche Absicherung nach außen, sondern auch durch ihre immer diffiziler werdende inhaltliche Ausgestaltung von einer tatsächlichen zu einer rechtlichen Person-Sach-Beziehung erhoben wurde. Hält man sich die bis ins einzelne durch gesetzliche Vorschriften gegängelte Verwertungsbefugnis des Hypothekars vor Augen, so wird man eher zur Bejahung als zur Verneinung der Frage gelangen. Aber auch bei Verneinung der Frage bestünden m.E. keine Bedenken, die unmittelbare Sachherrschaft als Kriterium der dinglichen Rechte anzusehen. Warum sollte nicht eine tatsächliche Beziehung das Charakteristikum gewisser Rechte sein ?

Schwerer wiegt ein anderes Bedenken gegen die Theorie von der unmittelbaren Sachherrschaft: Es gebe unstreitige Sachenrechte, die sich in der Beziehung zur Sache nicht von den ihnen entsprechenden Schuldrechten unterschieden. Als Beispielsfall wird meist die Dienstbarkeit genannt, die es dem Eigentümer des belasteten Grundstücks verbietet, über eine bestimmte Höhe hinaus zu bauen. [242] Zwar ist zuzugeben, daß sich die so gestaltete Dienstbarkeit in ihrer Ausübung regelmäßig in keiner Weise von einem obligatorischen Recht gleichen Inhalts unterscheidet. Jedoch zeigt sich ihre dingliche Natur dann, wenn das Eigentum an dem von ihr betroffenen Grundstück aufgegeben wird: Im Gegensatz zur Stellung des bloß obligatorisch Berechtigten bleibt das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten erhalten. Seine Befugnisse erstrecken sich eben doch letztlich auf die Sache. Der Person des Dienst-

---

241) Vgl. oben I 2.

242) Vgl. insbes. Rümelin, Obligation und Haftung, AcP 68, 199 f.

barkeitsbetroffenen steht im Hintergrund und nicht - wie beim bloß obligatorischen Recht - im Mittelpunkt seines Rechts.

2. Zur Absolutheitstheorie.

Die Feststellung, dingliche Rechte könnten auch ohne eine bestimmte verpflichtete Person, den Schuldner, existieren, leitet über in den Absolutheitsschutz. Denn kennzeichnend für den Absolutheitsschutz ist ebenfalls die Erkenntnis des Fehlens eines bestimmten Verpflichteten bei den dinglichen Rechten. Verpflichtet ist vielmehr eine unbestimmte Zahl von Rechtsgenossen, denen es von Rechts wegen untersagt ist, die Ausübung der Befugnisse des dinglich Berechtigten entweder durch Sachentziehung oder sonstige störende Eingriffe zu beeinträchtigen.

Die Annahme einer derart unbestimmten Vielzahl von Verpflichteten bietet den Ansatzpunkt für die hauptsächliche Kritik an der Theorie vom absoluten Schutz der dinglichen Rechte. Besonders originell sind in diesem Punkte die Ausführungen K o h l e r s [243] : "Hiernach steht der Eigentümer der geringfügigsten Sache in einem Rechtsverhältnisse zu allen Menschen, also auch zum Neger am Stanley-Pool oder zum Neoferenzen an der Geelvink-Bai; jedes neu entstehende Eigentum durchbebt die ganze Menschheit mit ihrem Schauer, und jedes neu gegrabene Erzstück, jeder neu gefangene Fisch bewirkt eine Rechtserschütterung, die bis an den Nordpol reicht, wenigstens soweit als Menschen wohnen: denn alle diese können einmal in die Lage kommen, das Eigentum zu verletzen." Sachlicher und lapidarer argumentiert J h e r i n g [244]: "Diese rein negative und abstrakte Verpflichtung der gesamten Welt, welche sich in keiner einzelnen Person lokalisiert, hat keinen Anspruch darauf, systematisch zu einem besonderen Begriff erhoben zu werden - sie ist nichts als der Schatten, den das Recht in die Außenwelt wirft, eine Übersetzung aus dem Positiven ins Negative: was ich habe, hat ein anderer nicht."

Es ist zuzugeben, daß die Annahme von Unterlassungsansprüchen

---

243) Recht und Prozeß, Grünhuts Ztschr 14, 6.

244) Passive Wirkungen der Rechte, Dogmat Jahrb 10, 392 f.

gegen jeden Weltbürger befremdet. Eine derartige Vorstellung ist - um ein Modewort zu gebrauchen - unrealistisch. Dennoch vermögen diese Angriffe die Richtigkeit der Absolutheitstheorie nicht zu widerlegen. Mit Recht hat O. v. Gierke[245] darauf hingewiesen, die Einwände erledigten sich, wenn man die Reichweite des Absolutheitsschutzes weniger weit spannen und etwa formulieren würde, jedes vom Berechtigten verschiedene Rechtssubjekt werde verpflichtet, sobald es in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich gerate. In diesem Sinne könnte man auch sagen: Der absolute Rechtsschutz richtet sich gegen diejenigen, die es angeht.

Des weiteren wurde gegen die Absolutheitstheorie eingewandt, in Wahrheit genieße nicht einmal das stärkste Sachenrecht, das Eigentum, absoluten Schutz. Der Schutz sei vielmehr insoweit durchlöchert, als das Eigentum im Wege des gutgläubigen Erwerbs eines Dritten verlorengehen könne.[246] v. Tuhr[247] meint, dieses Argument enthalte einen Denkfehler. Allerdings scheitere die Vindikation an dem gutgläubigen Erwerb des Beklagten, aber nicht, weil das Eigentum bei uns weniger absolut wäre als bei den Römern, sondern weil der gutgläubige Erwerber Eigentümer werde und damit der bisherige Eigentümer sein Eigentum verliere.[248] In der Hand des neuen Eigentümers sei es dann genauso absolut geschützt wie in der des alten.

Bei allem Wohlwollen wird man doch sagen müssen, daß die Argumentation v. Tuhrs recht spitzfindig ist. Denn das Eigentum wird ja nicht um seiner selbst willen, sondern um des Eigentümers willen geschützt. Und von ihm aus betrachtet bedeutet sein Verlust durch gutgläubigen Erwerb eines anderen einen erheblichen Einbruch in den um das Eigentum gelegten Schutzwall. Außerdem muß v. Tuhr entgegengehalten werden, daß sein Argument für die Fälle des Untergangs beschränkt dinglicher Rechte infolge gutgläubig lastenfreien Erwerbs nicht gilt. Ist eine Hypothek auf dem Grundstück des E zu Unrecht gelöscht, und

---

245) Dt. Privatrecht, Bd.I, S. 258.

246) Planck - Strecker, Vorbemerkungen II 4.

247) Allgem. Teil, Bd.I, S. 208.

248) Ähnlich Schloßmann, Über den Begriff des Eigentums, Dogmat Jahrb 45, 352 und Raape, Aneignungsüberlassung, AcP 74, 224.

erwirbt A in gutem Glauben an ihr Nichtbestehen dieses Grundstück, so verliert nicht nur der Hypothekar sein Recht, dieses geht vielmehr vollständig unter und lebt nicht mehr in Händen eines anderen fort.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß der gutgläubige Erwerb nicht die einzige Einbruchsstelle in den Absolutheitsschutz darstellt. Vielmehr gehört auch die Ersitzung im Grundstücks- und Fahrnisrecht hierher.

Streng genommen läßt sich also von einem absoluten Schutz der dinglichen Rechte gar nicht sprechen. Denn die Absolutheit verträgt eine Einschränkung genauso wenig wie die Souveränität. Ebensowenig wie eine beschränkte Souveränität gibt es eine beschränkte Absolutheit. Diese Erkenntnis zwingt aber m.E. nicht dazu, den fest eingebürgerten Begriff des absoluten Schutzes der dinglichen Rechte über Bord zu werfen. Dagegen spricht, daß die möglichen Durchbrechungen in Zahl und Art gesetzlich genau festgelegt sind, also nicht wahllos auftreten. Ist man sich dessen bei der Aussage, die dinglichen Rechte seien absolut geschützt, stets bewußt, so bestehen keine Bedenken gegen den herrschenden Sprachgebrauch, auch wenn er streng genommen nicht korrekt ist.

Betrachtet man nach diesen grundsätzlichen Überlegungen die einzelnen Rechtsinstitute des Dritten Buches auf ihren Absolutheitsschutz hin, so bestätigt sich die oben unter 1 getroffene Feststellung, die Sachherrschaft sei das Primäre, der Drittschutz das Sekundäre. Der absolute Schutz reicht immer nur so weit, als der Inhalt der Person-Sach-Beziehung es erfordert. Entsprechend dem umfassenden Sachgenuß, den das Eigentum gewährt, ist auch sein Schutz gegen störende Eingriffe Dritter der weitgehendste von allen dinglichen Rechten; vgl. §§ 985 und 1004 BGB. In umfassender Weise wird auch die unbeschränkte Nutzungsbefugnis des Nießbrauchers gegen störende Eingriffe Dritter abgeschirmt; vgl. § 1065 BGB, der auf die Eigentumsschutzvorschriften verweist. Da der Hypothekar lediglich eine Verwertungsbefugnis hinsichtlich des Grundstücks (§ 1113 BGB), aber kein Recht zu seinem Besitz hat, ist sein Drittschutz sehr beschränkt; er geht nur in die Richtung möglicher Beeinträchtigungen seines Verwertungsrechts; vgl. §§ 1134 I, 1135 BGB. Weitergehend wiederum ist der Schutz des Fahrnispfandgläubigers: Da er zum Besitze der

verpfändeten Sache berechtigt ist, muß er gegen Besitzstörungen jeglicher Art geschützt werden; vgl. § 1227 BGB, der wie § 1065 auf die Eigentumsschutzvorschriften verweist.
Jedes dingliche Recht hat also den seinem Inhalt adäquaten Schutz nach außen. Angesichts dessen wäre es verfehlt, die unmittelbare Sachherrschaft als alleiniges Dinglichkeitsmerkmal hinzustellen. Gleichberechtigt daneben steht der Absolutheitsschutz, der zwar allein nichts über die Art der jeweiligen dinglichen Rechte aussagen kann [249] - darüber vermag nur die inhaltliche Ausgestaltung der Befugnisse des Rechtsinhabers Auskunft zu geben -, aber zu einer vollständigen Charakterisierung des Wesens der dinglichen Rechte des BGB gleichwohl unentbehrlich ist.

3. Zum Sukzessionsschutz als Dinglichkeitsmerkmal.

Die Herausarbeitung des Sukzessionsschutzes dinglicher Rechte stellt eine echte wissenschaftliche Leistung dar. [250] Denn der Schutz gegen Rechtsverlust infolge eines Wechsels in der Rechtszuständigkeit der belasteten Sache ist in der Tat ein Kennzeichen aller beschränkt dinglichen Rechte des Dritten Buches. Der Sukzessionsschutz ist eine echte Sonderform des allgemeinen Drittschutzes, denn er ist sicher ein aliud gegenüber dem Störungsschutz in Form des Herausgabeanspruchs und der Abwehransprüche gegen Beeinträchtigungen tatsächlicher Art. Im Gegensatz zu den letztgenannten Schutzmitteln, die Reaktionen auf vergleichsweise plumpe Eingriffe in die Stellung des Berechtigten darstellen, ist er die adäquate Antwort auf Vorgänge, die sich völlig in den Bahnen des Rechts vollziehen. Es ist auch offensichtlich, daß der gutgläubig-lastenfreie Sacherwerb eine Durchbrechung des Sukzessionsschutzes beschränkt dinglicher Rechte darstellt.
Daß dem Eigentum als dem umfassendsten dinglichen Recht der Sukzessionsschutz fremd sein muß, leuchtet ohne weiteres ein:

---

249) Mit der Feststellung allein, ein Recht sei absolut geschützt, ist noch nicht einmal gesagt, daß es sich um ein Sachenrecht handelt. Denn auch auf die Persönlichkeitsrechte, etwa das Namensrecht, paßt diese Aussage.

250) Selbstverständlich war auch der älteren Doktrin der Sukzessionsschutz der Sache nach bekannt, aber den oben unter I 3 Genannten gebührt das Verdienst, seine Eigenart klar herausgestellt zu haben.

es ist ja völlig unabhängig von irgendwelchen Stammrechten und lebt nur aus sich selbst heraus. Andererseits genießen Mieter und Pächter (vgl. §§ 571, 581 II BGB) den Sukzessionsschutz. Man kann also mit Recht sagen, Miete und Pacht enthielten insoweit ein Element der Dinglichkeit.
Da der Sukzessionsschutz einerseits dem Eigentum fremd, andererseits aber gewissen obligatorischen Berechtigungen eigen ist, verbietet sich die Aussage, er allein vermöge das Wesen der Dinglichkeit zu erklären. Gleichwohl wird man ihm in Verbindung mit der unmittelbaren Sachherrschaft und dem allgemeinen Drittschutz Erkenntniswert für die beschränkt dinglichen Rechte zubilligen müssen.

4. Zu der Auffassung, die Dauer eines Rechts indiziere seine Dinglichkeit.

Es kann nicht geleugnet werden, daß einer gewissen Zahl dinglicher Rechte ein Moment der Dauer eigen ist. Dies gilt vor allem für die dinglichen Rechte, die sozusagen um ihrer selbst willen da sind in dem Sinne, daß sie nicht der Sicherung anderer Rechte dienen, also für das Eigentum und die Nutzungsrechte. Daran ändert die Tatsache nichts, daß z.B. das Eigentum auch für eine nur relativ kurze Zeit in die Hände einer Person gegeben werden kann, wie das täglich bei der Sicherungsübereignung beweglicher Sachen geschieht. Es kann nicht darauf abgestellt werden, ob das Moment der Dauer im jeweiligen Einzelfall tatsächlich verwirklicht wird, vielmehr kommt es nur darauf an, ob ein Rechtsinstitut die Möglichkeit zur Dauer wesensmäßig in sich trägt, vom Gesetzgeber als Dauerrecht angelegt ist. Andererseits darf nicht verkannt werden, daß es einmal dingliche Rechte gibt, die keineswegs beständiger sind als obligatorische Rechte, und daß zum anderen schuldrechtliche Institute existieren, die genauso dauerhaft sind wie etwa die dinglichen Nutzungsrechte. So drängen Fahrnis- und Grundpfandrecht mit genau derselben Intensität wie die ihnen jeweils zugrunde liegenden schuldrechtlichen Forderungen zum Untergang. Es kann keine Rede davon sein, daß sie für die Dauer angelegt sind. Mit dieser Feststellung ist auch das Urteil über die Theorie L ö n i n g s [251] gefällt,

---

251) Vgl. oben I 4

denn selbstverständlich verkörpern die genannten Rechte auch keine Dauerinteressen. Wenn man auf der anderen Seite Miete und Pacht betrachtet, die dieselbe Anlage zur Dauerhaftigkeit haben wie die dinglichen Nutzungsrechte, so erhellt vollends, daß die Theorie von der Dauer als Dinglichkeitsmerkmal jedenfalls keine Dienste für eine dogmatisch saubere Aufgliederung der verschiedenen Rechtstypen zu leisten vermag. Allenfalls enthält sie einen im großen und ganzen richtigen rechtssoziologischen Befund. [252]

3. Zur Lehre von der Zuordnungsfunktion der dinglichen Rechte.

Dieser Theorie gebührt das Verdienst, darauf aufmerksam gemacht zu haben, daß alle Vermögensrechte, seien sie Sachen- oder Schuldrechte, die Zugehörigkeit der rechtlichen Befugnisse zu einem Vermögenskreis bestimmen. Die Lehre wäre sehr wohl geeignet, die systematische Grundlage eines Vermögensrechts abzugeben, das auf die scharfe Scheidung von Schuld- und Sachenrecht verzichtet und mehr auf den gemeinsamen zuordnenden Charakter von obligatorischen und dinglichen Rechten abstellt. Von derartigen Bestrebungen war denn auch W i e a c k e r [253] bei der Entwicklung des Zuordnungsgedankens geleitet. Und sicher hätte es auch heute noch seinen guten Sinn, wenigstens bei der Darstellung des geltenden Rechts die Gebiete gemeinsam zu behandeln, in denen die Zuordnungswirkung aller Vermögensrechte besonders deutlich zu Tage tritt. Dies gilt vor allem für die Änderung der Zuordnung, also die Übertragung der Vermögensrechte, zumal der Gesetzgeber selbst bemüht war, in diesem Punkte eine weitgehende Vereinheitlichung zu schaffen; vgl. § 413 BGB. Mit Recht wurde daher W e s t e r m a n n der Vorwurf gemacht, trotz

---

252) Aber selbst insoweit ist die Sachlage nicht eindeutig. Es fragt sich auch, ob die Aussage Radbruchs (Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 58) zutrifft, eine auf dingliche Rechte gegründete Rechtsordnung sei statisch. Dies erscheint zumindest zweifelhaft, wenn man berücksichtigt, in welchem Maße heute die Grundpfandrechte mobilisiert sind; vgl. insbes. die Wertpapierhypotheken nach § 1187 BGB.

253) Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, DRW 1941, 62, ferner: Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148, 57 ff. (65).

Übernahme der Zuordnungslehre verharre er ganz in der hergebrachten Behandlung des Sachenrechts.[254] Trotz der richtigen Erkenntnis, die der Zuordnungstheorie zugrunde liegt, muß betont werden, daß sie nichts zu leisten vermag für die Erreichung des mit dieser Arbeit verfolgten Zweckes. Eine Lehre, der es darauf ankommt, die grundsätzlichen Gemeinsamkeiten der beiden vom Gesetzgeber scharf getrennten Kreise Schuld- und Sachenrecht herauszustellen, ist nicht geeignet, Entscheidendes auszusagen über die Anwendbarkeit von Vorschriften vorwiegend rechtstechnischen Gehalts auf ein bestimmtes Rechtsinstitut.

6. Zur Auffassung, der Konkurs sei der Prüfstein der Dinglichkeit.

Sieht man das geltende Konkursrecht auf die aussonderungsfähigen Gegenstände durch, so fällt auf, daß nicht nur Sachen i.S. von § 90 BGB, sondern auch Rechte jeglicher Art, also z.B. Forderungsrechte, begrenzte dingliche Rechte, Patentrechte und Lizenzrechte Gegenstand eines Aussonderungsanspruchs sein können.[255] Nicht nur die Innehabung dinglicher Rechte also, sondern auch die Inhaberschaft schuldrechtlicher Ansprüche kann Grundlage eines Aussonderungsanspruchs sein. Die Aussonderungsmöglichkeit wird ganz allgemein gewährt, wenn das Zuordnungsverhältnis vermögenswerter Gegenstände im weitesten Sinne gestört ist. Aus diesem Grunde kann die Aussonderungsmöglichkeit jedenfalls kein selbständiges Dinglichkeitskriterium sein und für sich allein etwas darüber aussagen, ob das jeweils im Spiele stehende Recht dinglicher oder obligatorischer Natur ist. Allerdings ist zuzugeben, daß die Aussonderungsfähigkeit einer körperlichen Sache aus dem Konkurse beweist, daß an ihr eine dingliche Berechtigung eines anderen besteht.[256]

---

254) Vgl. die Besprechungen seines Lehrbuchs von Schultze von Lassaulx, AcP 151, 455 und Kronstein, FamRZ 1959, 172.

255) Vgl. Jaeger - Lent, Konkursordnung § 43 Randn 7 und 9; Schönke - Baur, Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht § 54 C II 1; RGZ 98, 143 ff.

256) Dies gilt auch dann, wenn die Aussonderung auf einen schuldrechtlichen Anspruch gestützt wird, denn auch in diesem Falle ist Grund der Aussonderung mangelnde Rechtszuständigkeit des Gemeinschuldners, also dingliche Berechtigung eines anderen; so schon Fuchs, Grundbuchrecht, Bd.I § 883 Bem 7; a.A. Cosack Lehrb., Bd.II, S. 2, der in diesem dem obligatorischen Anspru Aussonderungskraft beilegt.

§ 10

In wieweit besitzt die Vormerkung die Eigenschaften eines dinglichen Rechts ?

Stehen dem Vorgemerkten irgendwelche Sachherrschaftsbefugnisse zu ?

Keine Sachherrschaft derart, wie sie das vorgemerkte dingliche Vollrecht gewährt.

a) **Vormerkung nicht identisch mit dem unbedingten Vollrecht.**

Wie die Untersuchung des Wesens der dinglichen Rechte ergeben hat, [257] ist ihr hervorstechendes Merkmal darin zu erblicken, daß sie ihrem Inhaber das Rechtsobjekt zu unmittelbarer Herrschaft unterwerfen; dem Eigentümer steht die unmittelbare Herrschaftsgewalt über seine Sache, dem Hypothekar ein seiner Befriedigungsbefugnis entsprechendes unmittelbares Zugriffsrecht auf das Grundstück zu usw. Insbesondere die Ausgestaltung der Sicherungswirkung der Vormerkung [258] zeigt deutlich, daß dem Vorgemerkten keineswegs die positiven Befugnisse eines Vollrechtsinhabers eingeräumt sind. Vielmehr soll lediglich negativ eine Veränderung der bestehenden dinglichen Rechtslage zu seinem Nachteil verhindert werden. Die einzig positive Befugnis, die der Vorgemerkte in Händen hat, ist sein Fordernkönnen vom Schuldner, aber diese Befugnis ist obligatorischer Natur, da sie nicht aus der Vormerkung, sondern dem ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Anspruch fließt. Würde man dem Vorgemerkten dieselben Befugnisse wie dem dinglich Vollberechtigten zubilligen, so verlöre die Vormerkung völlig ihren Sinn und Zweck, vorläufiges Sicherungsmittel zu sein, denn dann hätte der Gläubiger mit ihrer Erlangung bereits alles, was er aufgrund seines obligatorischen Anspruchs zu fordern vermag. Eine derartige

---

257) § 9 I 1 und II 1.

258) Vgl. oben § 4.

Auffassung würde nicht zuletzt auch mit dem Wesen der mittels einer einstweiligen Verfügung erzwungenen Vormerkung in Widerspruch stehen, denn sie hätte zur Folge, daß der Gläubiger auf dem Wege des § 935 ZPO vollständige Befriedigung erlangen könnte. [259] Schließlich vermag sie keine Antwort auf die Frage zu geben, welcher Art das von der Vormerkung verkörperte dingliche Recht dann sein soll, wenn diese etwa zur Sicherung eines Rangänderungs- oder Aufhebungsanspruchs hinsichtlich eines Grundstücksrechts bestellt wurde.

Zur Begründung einer Identität der Vormerkung mit dem vorgemerkten Recht können auch nicht die übrigen Vormerkungswirkungen herangezogen werden. Mit der Bejahung der Rangfähigkeit der Vormerkung [260] ist nur gesagt, daß sie mit all ihren Schwächen in ein Rangverhältnis mit den übrigen Grundstücksrechten tritt, nichts aber darüber, welche Befugnisse dieses rangfähige Gebilde gewährt; zur Beantwortung dieser Frage muß vielmehr wieder auf die übrigen Vormerkungswirkungen zurückgegriffen werden. Überhaupt kann nicht eindringlich genug davor gewarnt werden, auf einzelne Wirkungen der Vormerkung ganz allgemeine Aussagen über ihre Rechtsnatur zu gründen. In diesen Fehler verfiel in geradezu erschreckendem Maße O t h m e r , [261] der aus der Vollwirkung der Vormerkung im Konkurs und in der Zwangsversteigerung ihre völlige Gleichstellung mit dem jeweils vorgemerkten Recht ableitete. Ein derartiges Verfahren offenbart einmal eine Verkennung des Wesens der Vollwirkung an sich. Wie oben [262] dargelegt ist die Wirkung in der Zwangsversteigerung nichts anderes als eine der besonderen Situation im Schuldnervermögen angemessene Ausgestaltung des in § 883 II BGB enthaltenen Rechtsgedankens möglichst behutsamer Paralysierung vormerkungswidriger Vorgänge. Und auch die Wirkung im Konkurs ist nicht dieselbe wie die eines dinglichen Vollrechts; der Vorgemerkte kann nicht aus- oder absondern, sondern vom Konkursverwalter lediglich Befriedigung seines obligatorischen Anspruchs verlangen. [263] Zum anderen setzte sich

---

259) So bereits Vervier, Vormerkung, S. 24.

260) Vgl. dazu oben § 5.

261) Vormerkung, S. 63 ff.

262) § 6 III a.E.

263) § 6 I a.E.

O t h m e r [264] darüber hinweg, daß es dem Gesetzgeber selbstverständlich freisteht, einem bestimmten Institut der jeweiligen Situation entsprechende mehr oder weniger weitgehende Wirkungen beizulegen. Ist das geschehen, so geht es nicht an, die weitgehendsten Wirkungen herauszugreifen und zum einzigen Maßstab zu erheben und von den weniger weitgehenden zu behaupten, sie träten zurück und liefen leer. Die O t h m e r 'sche Auffassung von der Vormerkung als einem volldinglichen Recht hat deshalb in Literatur und Rechtsprechung ganz einhellige Ablehnung erfahren.

Diese Ablehnung ist auch dann gerechtfertigt, wenn man Vormerkung und gesicherten Anspruch als Einheit betrachtet. Der Anspruch bleibt trotz seiner Sicherung durch die Vormerkung obligatorischer Art. Der Schuldner muß sämtliche zur dinglichen Rechtsänderung erforderlichen Akte genauso vornehmen, wie wenn keine Vormerkung bestünde. Auf der anderen Seite wächst dem Vorgemerkten die aus der Innehabung des Vollrechts fließende Rechtsmacht erst mit der Erfüllung dieses obligatorischen Anspruchs zu.

Selbst wenn man einmal von der Möglichkeit einer Koppelung etwa der dinglichen Anwartschaft des Auflassungsempfängers mit der Vormerkung ausginge, gelangte man nicht zu einer Gleichstellung der Vormerkung mit dem dinglichen Vollrecht. Denn auch das Anwartschaftsrecht gewährt jedenfalls nicht eine dem dinglichen Vollrecht vergleichbare Sachherrschaft.[265]

b) Vormerkung auch kein bedingtes dingliches Recht.

Die Unrichtigkeit der insbesondere von F u c h s [266] vertretenen Auffassung, die Vormerkung verschaffe ihrem Inhaber

---

264) A.a.O.

265) Siehe dazu z.B. Raiser, Anwartschaften, S. 60 f.

266) Vormerkung, LZ 1914, Sp. 152; Probleme des Sachenrechts, Gruch Beitr 46, 562; Grundbegriffe des Sachenrechts, S. 83; Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 9; ferner in diesem Sinne Jaeger - Lent, Konkursordnung § 24 Randn 2 und 3 sowie bereits Jaeger in den früheren Auflagen dieses Kommentars 3. und 4. Aufl., 1913 § 24 Bem 2 u. 3 und 6. u. 7. Aufl. ebenda; Voss, Die Löschungspflicht aus § 1179 BGB im Konkurse des Eigentümers, LZ 1912, Sp. 279; Ebner, Vormerkung, S. 78 ff.; Vervier, Vormerkung, S. 73 ff., 89.
Fuchs (vgl. insbes. Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 10) - nicht die anderen - macht allerdings eine Ausnahme für die Auflassungsvormerkung: Während Belastungsvormerkungen der endgültigen

aufschiebend bedingt diejenige Rechtsstellung, auf deren Einräumung der obligatorische Anspruch gerichtet sei, erhellt schon aus der unter a) getroffenen Feststellung, daß der Schuldner trotz Bestehens der Vormerkung sämtliche Erfüllungshandlungen vornehmen muß, um seinem Gläubiger die gewünschte Rechtsstellung zu verschaffen. Der vorgemerkte Gläubiger erwirbt genauso wenig ein bedingtes dingliches Recht aus dem schuldrechtlichen Vertrag wie der Ungesicherte.

F u c h s gelangte zu seiner irrigen Auffassung vornehmlich aufgrund einer unkritischen Anknüpfung [267] an die im preußischen Recht herrschende Ansicht, mit dem unzweifelhaften Nachweis der Existenz des obligatorischen Anspruchs verwandle sich die vorläufige Eintragung ohne weiteres in das dingliche Vollrecht. [268] Eine nicht minder bedeutsame Rolle spielte beim Zustandekommen dieser Auffassung die Verkennung des Wesens der Sicherungswirkung der Vormerkung. Denn wer wie F u c h s [269] die persönlich beschränkte Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen leugnet, gelangt in der Tat zu einer Identifizierung der Sicherungswirkung mit den Wirkungen einer aufschiebend bedingten Vollrechtseinräumung nach § 161 I BGB. [270]

---

noch

266) Belastung wesensgleich seien, an Stelle des endgültigen Rechts eingetragen und demnächst in das endgültige Recht, z.B. die Hypothek, umgeschrieben würden, habe die Eigentumsvormerkung nicht denselben rechtlichen Inhalt wie das Eigentum, das umfassende, totale Recht an der Sache; vielmehr sei auch sie nur ein begrenztes Recht an fremder Sache. Außerdem stehe der Annahme bedingten Eigentums § 925 II BGB entgegen.

267) Vgl. insbes. Probleme des Sachenrechts, Gruch Beitr 46, 562.

268) Vgl. dazu auch zur Unrichtigkeit dieser Ansicht bereits für das preußische Recht oben § 2 I 2 b.

269) Vgl. oben § 4 I 2 b.

270) Daß die Unwirksamkeit bedingungsfeindlicher Verfügungen nach § 161 BGB eine absolute und keine relative ist, ist nahezu unstreitig; vgl. z.B. Enneccerus - Nipperdey, Allgem. Teil, 2. Halbb., § 198 I 2; Erman - Hefermehl § 161 Bem 4; Planck - Flad § 161 Bem 1; Soergel - Seydel § 161 Randn 1; Staudinger - Coing § 161 Randn 3.

2. **Keine Sachherrschaft im Sinne eines selbständigen dinglichen Rechts.**

Eine Gleichstellung der Vormerkung mit den volldinglichen Rechten wurde nicht nur in der unter 1 dargelegten Weise (Vormerkung wesensgleich mit dem vorgemerkten Recht) versucht. Bereits S e k l e r [271], H e l l w i g [272] und C o s a c k [273] vertraten die Auffassung, die Vormerkung sei ein selbständiges dingliches Recht, dessen Wesen nicht von der vorbereiteten Rechtsänderung her bestimmt werde. S e k l e r [274] räumt selbst ein, daß diese Ansicht weder mit den Vorstellungen des Gesetzgebers noch mit der systematischen Stellung des Instituts im Gesetz in Einklang steht. Diese Einsicht ist jedoch für ihn kein Hinderungsgrund, aus dem Wortlaut des § 887 BGB [275] den Schluß abzuleiten, die Vormerkung sei ein Recht, und zwar, da sie keine Forderung sei, ein dingliches. Dieser Schluß ist ganz typisch für die rein begriffsjuristische Methode: Das Vermögensrecht umfaßt zwei Arten subjektiver Rechte, obligatorische und dingliche; läßt sich ein bestimmtes Institut der einen Gruppe nicht zuordnen, so muß es zwangsläufig zur anderen gehören; tertium non datum. [276] Da die Unrichtigkeit dieser Auffassung keineswegs so evident ist wie die der O t h m e r 'schen - sie ist insbesondere nicht zur Resignation gezwungen, wenn die Vormerkung z.B. zur Sicherung eines Anspruchs auf Aufhebung eines Grundstücksrechts bestellt wurde -, [277] hat sie immer wieder Gefolgsleute [278] gefunden. Neuerdings stellte sich K e m p f [279] ganz entschieden auf diesen Standpunkt. Neben dem bereits erwähnten Schlusse S e k l e r s [280] aus dem Wort-

---

271) Vormerkung, S. 124 ff.

272) Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 253 ff., insbes. 255.

273) Lehrb., Bd. II, S. 23 ff.

274) A.a.O., S. 124.

275) Der Vorgemerkte kann "mit seinem R e c h t e ausgeschlossen werden, wenn ...".

276) Ein schönes Beispiel dieses Verfahrens gibt auch Raape, Veräußerungsverbot, S. 75, wenn er ausführt, manche verbänden mit der Vormerkung und dem jus ad rem die Vorstellung einer Beziehung des Geschützten zur Sache, die zwar kein vollständiges dingliches Recht sei, aber doch mehr als bloße Obligation. "Diese Vorstellung ist natürlich abzuweisen. Entweder liegt ein dingliches Recht vor oder keins".

277) Vgl. oben 1 a.

278) Priester, Vormerkung, Arch Bürg R 22, 175; Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot, JW 1902, 455.

279) Zur Rechtsnatur der Vormerkung, JuS 1961, S. 22 ff.

280) A.a.O.

laut des § 887 BGB wurden immer wieder zwei Argumente zur Rechtfertigung dieser Ansicht vorgebracht: eine gewisse Parallelität zwischen Vormerkung und Sicherungshypothek [281] und die in § 1098 II BGB statuierte Identität der Wirkung der Auflassungsvormerkung und des dinglichen Vorkaufsrechts. [282]

Die Parallelen zwischen Vormerkung und Sicherungshypothek erweisen sich bei näherem Zusehen als recht äußerlicher Natur. Zwar können Vormerkung und Sicherungshypothek sowohl freiwillig bestellt als auch erzwungen werden und beide Institute dienen der Sicherung obligatorischer Ansprüche und sind streng akzessorisch. Auf der anderen Seite bestehen aber tiefgreifende Unterschiede. Einmal sind die gesicherten Ansprüche bei beiden Instituten insofern verschieden, als die Hypothek die Realisierung einer Geldforderung sichern soll, während die Vormerkung die Verwirklichung eines auf dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück gerichteten Anspruchs gewährleisten soll. Zum anderen - und das ist die entscheidende Abweichung - gewährt die Sicherungshypothek ihrem Inhaber eine unmittelbare Sachherrschaftsbefugnis, nämlich das Befriedigungsrecht aus dem Grundstück. [283] Diese positive dingliche Befugnis fehlt der Vormerkung. Wie bereits hervorgehoben, [284] besteht die einzige positive Befugnis des Vorgemerkten im Fordernkönnen vom Schuldner, und diese Befugnis entspringt nicht der Vormerkung, sondern dem ihr zugrunde liegenden Anspruch. Der Vergleich der Vormerkung mit der Hypothek erweist also gerade nicht ihre Eigenschaft als dingliches Recht eigener Art, sondern zeigt im Gegenteil, daß der Vormerkung ein wesentliches Merkmal der Dinglichkeit fehlt, nämlich die Gewährung unmittelbarer Sachherrschaft.

Die neuerdings von K e m p f [285] wieder aufgegriffene Argumentation aus dem dinglichen Vorkaufsrecht klingt zunächst bestechend. Aus seiner Stellung im Gesetz, insbesondere aus seiner

---

281) Sekler, a.a.O., S. 127; Hellwig, a.a.O., S. 254/55 (Fußn 6 zu § 34); Neumann, a.a.O., S. 455; Kempf, a.a.O., S. 23 f.

282) Sekler, a.a.O., S. 125; Hellwig, a.a.O., S. 255; Cosack, a.a.O., S. 25; Kempf, a.a.O., S. 24.

283) Vgl. oben § 9 II 1.

284) Oben 1 a.

285) A.a.O., S. 24.

Regelung in einem besonderen Abschnitt unter den beschränkt dinglichen Rechten, ergebe sich eindeutig, daß das Vorkaufsrecht ein beschränkt dingliches Grundstücksrecht sei. Da der Gesetzgeber in § 1098 II BGB wegen der Wirkungen des Vorkaufsrechts auf die Auflassungsvormerkung verwiesen habe und die Beziehungen des Berechtigten zum Verpflichteten genau wie bei der Vormerkung obligatorischer Natur seien - Verweis in § 1098 I 1 BGB auf das schuldrechtliche Vorkaufsrecht - müsse auch die Vormerkung ein beschränkt dingliches Grundstücksrecht sein.

Allein, schon die Richtigkeit der Prämisse dieser Argumentation, das dingliche Vorkaufsrecht sei ein echtes dingliches Recht, ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Gerade weil § 1098 BGB einmal auf das persönliche Vorkaufsrecht und zum anderen auf die Vormerkungswirkungen verweist, könnte man den Standpunkt einnehmen, es sei kein volldingliches Recht, sondern eine eigenartige, mit der Vormerkung wesensgleiche Grundstücksbelastung. In dieser Weise ist das RG [286] in ständiger Rechtsprechung verfahren, und auch in der Literatur hat es nie an Stimmen [287] gefehlt, die der Qualifizierung des Vorkaufsrechts als dingliches Recht im eigentlichen Sinne entgegengetreten sind. [288]

Aber selbst wenn man der Auffassung [289] folgen würde, das Vorkaufsrecht sei ein echtes dingliches Recht, wäre damit dieselbe Aussage für die Vormerkung noch nicht gemacht. Denn das dingliche Vorkaufsrecht weist beträchtliche Unterschiede gegenüber einem vormerkungsgesicherten schuldrechtlichen Anspruch auf.

Es kann gemäß § 1094 II BGB als subjektiv-dingliches Recht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden. Bei der Vormerkung ist der Berechtigte durch seine Stel-

---

286) RGZ 72, 390; 110, 333; 167, 299 f.

287) Erman - Ronke, Vorbem 2 vor § 1094; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I, Einleitung, S. 31; Heck, Sachenrecht, § 111, wo das Vorkaufsrecht im Rahmen der Anwartschaftsrechte und Entwicklungsrechte behandelt wird; Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht des BGB, Dogmat Jahrb 40, 282 ff.; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 92; Soergel - Baur, Vorbem vor § 1094 Randn 2; Staudinger - Kober, 10. Aufl. 1936, § 1094 Randn 1 und 2 mit weiteren Nachweisen.

288) Kempf, a.a.O., S. 24 hielt es nicht für erforderlich, darüber auch nur ein Wort zu verlieren.

289) Vertreten z.B. von Planck - Strecker, Vorbem 2 vor § 1094; Westermann, Sachenrecht § 125 I 3; Wolff - Raiser § 126 I.

lung als Gläubiger des obligatorischen Anspruchs von vornherein fest bestimmt. Allerdings darf nicht verschwiegen werden, daß Abweichungen von diesem Grundsatz möglich sind. So kann z.B. auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Begünstigten eines Vertrages zugunsten Dritter erfolgen, selbst wenn der Dritte noch nicht bestimmt, aber immerhin bestimmbar ist.[290] Auch hat es das RG[291] für zulässig erachtet, eine Vormerkung zur Sicherung des Rückauflassungsanspruchs des jeweiligen Eigentümers eines bestimmten Grundstücks zu bestellen. Zutreffend hebt W e s t e r m a n n[292] hervor, damit werde der obligatorische Anspruch einem subjektiv-dinglichen Recht angeglichen. Aber diese Identität der praktischen Ergebnisse darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß wir es mit dogmatisch völlig verschiedenen Konstruktionen zu tun haben. Die Unbestimmtheit des jeweils Berechtigten beim Vorkaufsrecht nach § 1094 II BGB ist Ausfluß des Dinglichkeitscharakters dieses Instituts. Die Unbestimmtheit des Vormerkungsberechtigten in den Fällen des Vertrags zugunsten Dritter und in dem vom RG[293] entschiedenen Falle ergibt sich aus schuldrechtlichen Grundsätzen und hat mit der Vormerkung als solcher nichts zu tun. Dies wurde vom RG in der genannten Entscheidung[294] klar erkannt und mit unmißverständlicher Deutlichkeit ausgesprochen: "Mit dem vorlegenden Gericht ist davon auszugehen, daß es sich bei der Vormerkung gemäß § 883 BGB um die Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs handelt, und daß deshalb auch die Frage nach der Zulässigkeit der beantragten Vormerkung in erster Linie nicht nach sachenrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist, sondern nach denen des Rechts der Schuldverhältnisse, die für den zu sichernden Anspruch maßgebend sind." Ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit hegt dann das RG keine Bedenken, den Gläubiger eines obligatorischen Anspruchs durch ein in der Zukunft liegendes Merkmal - Eigentümerstellung hinsichtlich eines bestimmten Grundstücks - zu bestimmen. Stünden aber der

---

290) Vgl. z.B. BGHZ 28, 103 f.; Planck - Strecker § 883 Bem 1 d (mit Rspr.-Nachweisen); RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 13; Westermann, Sachenrecht § 125 I 3.

291) RGZ 128, 246 ff.

292) Sachenrecht § 125 I 3.

293) A.a.O.

294) S. 248.

Begründung einer Obligation auf diesem Wege keine schuldrechtlichen Grundsätze entgegen, so könne der Anspruch des zukünftigen Gläubigers auch durch eine Vormerkung gesichert werden. [295] Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß die Möglichkeit der Bestellung einer Vormerkung zugunsten eines nicht von vornherein bestimmten Berechtigten nicht zur Begründung einer Wesensgleichheit von Vormerkung und dinglichem Vorkaufsrecht herangezogen werden kann.

Ein weiterer, dogmatisch entscheidender Unterschied zwischen beiden Instituten besteht darin, daß wegen der in § 1097 BGB vorgesehenen Möglichkeit eines Vorkaufsrechts für mehrere oder für alle Verkaufsfälle der Anspruchsgegner nicht von vornherein fest bestimmt zu sein braucht, während der Vormerkungsbetroffene durch seine Stellung als Schuldner des gesicherten Anspruchs unwandelbar feststeht. [296] [297] Das dingliche Vorkaufsrecht haftet am Grundstück, die Vormerkung an der Person des Schuldners. In der Loslösung der Befugnisse des Berechtigten von der Person eines bestimmten Gegenüber beruht aber, wie oben [298] ausgeführt, das Wesen der unmittelbaren Sachherrschaft. Gerade ihr Vergleich mit dem dinglichen Vorkaufsrecht zeigt also, daß der Vormerkung ein wesentliches Element der Dinglichkeit, nämlich die Gewährung unmittelbarer Sachherrschaft an den Berechtigten, abgeht.

3. Folgen des Fehlens unmittelbarer Sachherrschaft für die weiteren Untersuchungen.

Man könnte sich nunmehr auf den Standpunkt stellen, es sei sinnlos, weiter zu prüfen, ob die Vormerkung, wenn sie ihrem Inhaber schon keine unmittelbare Sachherrschaft gewähre, wenigstens

---

295) A.a.O., S. 250; der das Sachenrecht beherrschende Grundsatz der Spezialität sei nicht verletzt.

296) Vgl. dazu z.B. Planck - Strecker, Vorbem 1 e vor § 1094; Westermann, Sachenrecht § 125 I 3.

297) Selbstverständlich kann die Person des Schuldners und damit die des Vormerkungsbetroffenen wechseln, etwa im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Aber diese Möglichkeit hat ihre Wurzel nicht im Dinglichkeitscharakter der Vormerkung, sondern ergibt sich aus dem erbrechtlichen Grundsatz des Eintretenmüssens des Erben in die Verbindlichkeiten des Erblassers, §§ 1922 I, 1967 I BGB. Die Änderung der Person des Vormerkungsbetroffenen im Falle der Schuldübernahme - vgl. dazu im einzelnen Granderath und Hoche in NJW 60, 462 ff. - folgt aus rein schuldrechtlichen Grundsätzen.

298) § 9 II 1.

andere Dinglichkeitsmerkmale besitze. Denn mit der Ablehnung der Sachherrschaft sei erwiesen, daß die Vormerkung jedenfalls kein volldingliches Recht sei, und infolgedessen auf sie die Vorschriften über dingliche Rechte an Grundstücken keine Anwendung finden könnten, da diese Bestimmungen ja gerade auf volldingliche Rechte zugeschnitten seien.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die strenge begriffsjuristische Methode des Entweder - Oder [299] in der neueren wissenschaftlichen Diskussion einer elastischeren, vornehmlich an der Interessenlage orientierten Betrachtungsweise Platz gemacht hat. [300] Von diesem Standpunkt aus ist die Anwendbarkeit grundstücksrechtlicher Normen auf die Vormerkung nicht schon um deswillen generell ausgeschlossen, weil dieser nicht sämtliche Dinglichkeitsmerkmale zukommen. Vielmehr ist durchaus denkbar, daß die Anwendbarkeit - wenn nicht aller, so doch wenigstens einiger - dieser Vorschriften auch auf ein solches Gebilde geboten ist, das zwar nicht alle, aber doch eines oder mehrere Dinglichkeitsmerkmale besitzt. Im folgenden ist klarzulegen, inwieweit dies bei der Vormerkung der Fall ist.

II Genießt der Vorgemerkte Absolutheitsschutz in Gestalt des Drittschutzes oder des Sukzessionsschutzes ?

1. Schutz gegen Eingriffe tatsächlicher Natur ?

Wie die Untersuchungen des Wesens der dinglichen Rechte gezeigt haben, [301] wird der Absolutheitsschutz nicht um seiner selbst willen gewährt; er soll der Sicherstellung der ungestörten Sachherrschaft des dinglich Berechtigten dienen. Diesem Zweck entsprechend sind nicht alle dinglichen Rechte in demselben Umfang gegen Eingriffe Dritter geschützt; vielmehr ist der Drittschutz proportional zu den inhaltlichen Befugnissen, die das jeweilige Recht gewährt: Beim Eigentum, dem umfassenden Sachherrschafts-

---

299) Beispiele dazu oben I 2, insbes. auch Fußn 276.

300) Selbstverständlich ist hier nicht der Ort, darauf näher einzugehen; vgl. dazu und zur Entwicklung einer Wertungsjurisprudenz in jüngerer Zeit Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960, insbes. S. 122 ff.

301) Vgl. oben § 9 II 2.

recht, ist er nahezu lückenlos; bei der Hypothek, die ihrem Inhaber lediglich eine vergeistigte Sachbeziehung gewährt, ist er nur sehr beschränkt. [302] Denkt man den gesetzgeberischen Gedanken der subtilen Abstufung des Drittschutzes folgerichtig zu Ende, so kann man nur zu dem Ergebnis gelangen, daß dem Vorgemerkten kein dinglicher Schutz gegen Eingriffe tatsächlicher Art in den Gegenstand seines Rechts zukommen kann, denn die allen dinglichen Rechten eigene unmittelbare Beziehung des Berechtigten zur Sache fehlt der Vormerkung vollständig. Der umfassenden Sachherrschaft des Eigentümers entspricht der obligatorische Anspruch des Auflassungsvorgemerkten auf Übertragung des Eigentums, dem Zugriffsrecht des Hypothekars der Anspruch auf Einräumung der Hypothek usw. Angesichts dessen bleibt keine andere Möglichkeit, als die, den Vorgemerkten wegen tatsächlicher Angriffe des Schuldners oder eines Dritten auf die geschuldete Sache auf die Sanktionen des Schuldrechts zu verweisen: Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, gegebenenfalls Ansprüche aus § 826 BGB.

2. Schutz gegen rechtliche Vorgänge ?

Wie die Darstellung ihrer Wirkungen [303] ergab, hat die Vormerkung die Funktion, dem Gläubiger nachteilige Vorgänge im Schuldnervermögen, die sich in den Bahnen des Rechts vollziehen, zu paralysieren. Am offenkundigsten wurde das bei der Behandlung der Sicherungswirkung; aber auch die übrigen Vormerkungswirkungen erwiesen sich als Ausformungen dieses allgemeinen Grundsatzes.

Im Bereich der volldinglichen Rechte ist die Gewährung von Sukzessionsschutz zugunsten des beschränkt dinglich Berechtigten die adäquate Antwort auf die Veräußerung des belasteten Gegenstandes. [304] Würde man den Sukzessionsschutzgedanken auf die Vormerkung übertragen, so hätte das zur Folge, daß der Vorgemerkte seinen der Sachherrschaftsbefugnis bei den dinglichen Rechten entsprechenden obligatorischen Anspruch [305] gegen jeden Rechtsnachfolger seines Schuldners geltend machen könnte; der Auflassungsvorgemerkte müßte seinen Übereignungsanspruch gegen

---

302) Vgl. dazu im einzelnen oben § 9 II 2.

303) Vgl. oben §§ 4 - 7.

304) Vgl. oben § 9 II 3.

305) Siehe oben 1.

den Grundstückserwerber, der Hypothekenvorgemerkte seinen Bestellungs- bzw. Übertragungsanspruch gegen den neuen Grundstückseigentümer bzw. Hypothekar geltend machen können.
Einer derartigen Ausgestaltung der Sicherungswirkung der Vormerkung würde von dogmatischem Standpunkt nicht bereits die Tatsache entgegenstehen, daß der Vorgemerkte keine dingliche Herrschaft über den betroffenen Gegenstand innehat, denn der Gesetzgeber hat sich nicht gescheut, auch dem nur obligatorisch berechtigten Mieter und Pächter in §§ 571, 581 II BGB Sukzessionsschutz zu gewähren. [306] Zumindest hinsichtlich der Vormerkungen zur Sicherung von Ansprüchen auf Bestellung beschränkt dinglicher Rechte wäre eine derartige Lösung des Vormerkungsschutzes sogar zweckmäßig gewesen: anstatt sich an seinen im Verhältnis zu ihm noch vollberechtigten Schuldner wenden und vom Dritterwerber die grundbuchrechtlich erforderlichen Erklärungen im Wege des § 888 I BGB fordern zu müssen, könnte sich der Vorgemerkte wegen der Bestellung des beschränkt dinglichen Rechts ohne Umwege an den Dritterwerber halten. [307] Die oben [308] wiedergegebene Auffassung K o h l e r s, der Vorgemerkte könne sich wegen der Befriedigung seines obligatorischen Anspruchs direkt an den Dritterwerber halten, ist also rechtspolitisch durchaus erwägenswert.
Daß der Sukzessionsschutzgedanke aber jedenfalls keinen Eingang ins geltende Recht der Vormerkung gefunden hat, hat die Durchleuchtung der Sicherungswirkung eindeutig ergeben. [309] Das dem Gesetzgeber ständig vor Augen stehende Schreckgespenst, mit der Vormerkung ein Institut zu schaffen, das als halbdingliches Gebilde

---

306) Siehe oben § 9 II.3.

307) Auch einer Ausgestaltung der Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung und überhaupt aller Vormerkungen in dieser Weise stünden jedenfalls keine unüberwindlichen logischen Hindernisse entgegen. Warum sollte nicht der Auflassungsvorgemerkte vom Dritterwerber Erfüllung seines Anspruchs, der Inhaber einer Löschungsvormerkung Löschung vom neuen Rechtsinhaber und der mit seinem Rangänderungsanspruch Vorgemerkte von dem neuen Rechtsinhaber die Vornahme der gewünschten Änderung verlangen können ?

308) § 4 I 2 β .

309) Oben § 4 I, insbes. 2 c.

zwischen Schuld- und Sachenrecht steht, [310] hat ihn bewogen, alles zu unterlassen, was die Vormerkung als solche oder den Komplex Vormerkung - gesicherter Anspruch in die Nähe der dinglichen Rechte stellen könnte. Folgerichtig wurde dem Vorgemerkten nicht der typisch dingliche Sukzessionsschutz eingeräumt, sondern zu seiner Sicherung das Mittel der relativen Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen gewählt. [311] Zwingt nun diese Erkenntnis dazu, der Vormerkung auch hinsichtlich ihrer Drittwirkung jeglichen Dinglichkeitscharakter abzusprechen ? Die Frage ist zu verneinen. Sieht man im Absolutheitsschutz schlechthin ein Dinglichkeitsmerkmal, so kann es nicht entscheidend darauf ankommen, wie dieser Absolutheitsschutz in den technischen Einzelheiten ausgestaltet ist. Überdies ist darauf hinzuweisen, daß der dem Vorgemerkten eingeräumte Schutz keineswegs schwächer ist als der Sukzessionsschutz des dinglich Berechtigten; eher ließe sich das Umgekehrte behaupten. Ist nämlich ein Grundstück mit einem beschränkt dinglichen Recht belastet, so wird der Erwerber dieses Grundstücks - wenn auch nicht lastenfrei - Eigentümer. Anders wenn das Grundstück z.B. von einer Hypothekenvormerkung betroffen ist; in diesem Falle kommt es - jedenfalls im Verhältnis zum Vorgemerkten - schon gar nicht zu einem Eigentumsübergang. Die Feststellung, die Vormerkung verschaffe dem obligatorisch Berechtigten echten Drittschutz, fällt umso leichter, als es der Gesetzgeber für nötig befunden hat, die Stellung des Gläubigers in den kritischen Situationen im Schuldnervermögen noch besonders abzusichern. [312] Angesichts dieser Rechtslage ist festzuhalten, daß die Vormerkung einen dinglichen Schutzmantel um den gesicherten schuldrechtlichen Anspruch legt. Nur die inhaltliche Ausgestaltung der Rechtsstellung des Vorgemerkten ist verschieden von der des dinglich Berechtigten - statt unmittelbarer Person - Sach - Beziehung lediglich schuldrechtlicher Anspruch -; dagegen herrscht

---

310) Die oben § 3 wiedergegebenen einschlägigen Stellen der Materialien legen ein beredtes Zeugnis davon ab.

311) Vgl. im einzelnen § 4 I 2 a α und c.

312) Vgl. die Ausführungen zur erbrechtlichen Wirkung in § 6 III und § 7 und zur Vollwirkung der Vormerkung in der Zwangsversteigerung. Zur Frage der Aussonderungskraft der Vormerkung im Konkurs vgl. unten III.

im Bereich des Drittschutzes grundsätzliche Übereinstimmung zwischen Vormerkung und dinglichem Recht. [313]

III Verschafft die Vormerkung dem Gläubiger des gesicherten Anspruchs eine Aussonserungsmöglichkeit im Konkurs seines Schuldners ?

Bereits bei der Erörterung der Vollwirkung der Vormerkung [314] und anläßlich der Auseinandersetzung mit der O t h m e r 'schen Auffassung ihrer Rechtsnatur [315] ergab sich, daß die Vormerkung dem Gläubiger kein Aus- oder Absonderungsrecht hinsichtlich des beanspruchten Gegenstandes gewährt; der Konkursverwalter bleibt lediglich in gleicher Weise wie der Schuldner zur Erfüllung des obligatorischen Anspruchs verpflichtet. Dies bestätigt die Richtigkeit des oben bei der Untersuchung der Sachherrschaftsbefugnis gewonnenen Ergebnisses, daß der Vorgemerkte keine positive dingliche Beziehung zum betroffenen Gegenstand hat, denn andernfalls müßte ihm in der Tat, je nach der Art seiner Vormerkung, ein Aus- oder Absonderungsrecht zustehen.

Zusammenfassung der Ergebnisse:

Der Vorgemerkte besitzt unter keinem möglichen Gesichtspunkt die inhaltlichen Befugnisse eines dinglich Berechtigten. Insoweit ist die Vormerkung weder wesensgleich mit dem vorgemerkten Recht, noch kann sie als selbständiges dingliches Vollrecht aufgefaßt werden. Lediglich was seinen Drittschutz anlangt, steht der Vorgemerkte - abgesehen von rechtstechnischen Unterschieden in der Ausgestaltung des Schutzes - einem dinglich Berechtigten gleich. Mit der Vormerkung wird demnach ein eigenartiger dinglicher Schutzmantel um den obligatorischen Anspruch gelegt.

---

313) Auch Literatur und Rechtsprechung stehen ganz überwiegend auf dem Standpunkt, die Vormerkung schütze den Gläubiger des schuldrechtlichen Anspruchs dinglich; vgl. im einzelnen unten bei der Darstellung der herrschenden Auffassung von der Rechtsnatur der Vormerkung, insbes. Fußn. 363, 365.

314) § 6 I.

315) § 10 I 1.

§ 11

Die verschiedenen Auffassungen von der Rechtsnatur der Vormerkung.

Vorbemerkung.

Angesichts der eigenartigen Stellung des Vorgemerkten - nur schuldrechtliche inhaltliche Befugnisse, dagegen dinglicher Schutz nach außen - ist es kaum verwunderlich, daß die Skala der Auffassungen von der Rechtsnatur der Vormerkung sehr weit reicht und die mannigfaltigsten Schattierungen aufweist. Vereinfachend lassen sich drei Gruppen von Meinungen bilden: die extrem dinglichen, die jeglichen Rechtscharakter leugnenden und die zahlreichen Mittelmeinungen. [316] Sie sollen im folgenden - mit Ausnahme der bereits oben [317] bei der Frage nach der Sachherrschaft des Vorgemerkten angeführten und abgelehnten extremen Dinglichkeitstheorie - behandelt werden. Ihre kritische Durchleuchtung wird Gelegenheit dazu geben, die in § 10 gewonnenen eigenen Ergebnisse nochmals auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Die Auffassung, die Vormerkung sei überhaupt kein Recht.

Den Gegenpol zu der bereits behandelten Theorie von der Volldinglichkeit der Vormerkung bildet die insbesondere von Biermann [318] und Philipsen, [319] aber auch von Rosenberg [320] vertretene Auffassung, der Vormerkung fehlten die Qualitäten eines subjektiven Rechts vollständig. Auch dieses Ergebnis kann nur als Ausfluß der früher herrschenden Denkweise verstanden werden, das Vermögensrecht zerfalle in zwei große Gruppen subjektiver Rechte: die obligatorischen An-

---

16) Ähnliche Gruppierungen finden sich z.B. bei Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 1 ("Die zahlreichen Ansichten, die über die Rechtsnatur der Vormerkung aufgestellt sind, bewegen sich zwischen zwei Polen, die durch die Schlagworte 'Dingliches Recht' und 'Grundbuchvermerk' gekennzeichnet werden können") und bei Westermann, Sachenrecht § 84 I 2 b.

17) § 10 I 1 a.

18) Vormerkung, S. 184.

19) Vormerkung, S. 50.

20) Sachenrecht § 883 Bem V 2 f und 4.

sprüche und die dinglichen Rechte. [321] Da die Vormerkung keiner der beiden Gruppen zugeordnet werden könne, sei sie jedenfalls kein subjektives Recht. Vielmehr stelle sie lediglich einen Grundbuchvermerk dar, der die Erfüllbarkeit der in § 883 I BGB genannten Ansprüche so sicherstelle, wie sie zur Zeit der Entstehung der Vormerkung bestanden habe. [322]
Zu derartigen Argumentationen kann nur immer wieder gesagt werden, daß sie sicher nicht falsch aber andererseits auch nicht geeignet sind, das Kernproblem des Rechts der Vormerkung, die Anwendbarkeit der grundstücksrechtlichen Vorschriften auf dieses Institut, seiner Lösung einen entscheidenden Schritt näherzubringen. Als einzige Folge der Leugnung der dinglichen Rechtsnatur der Vormerkung ergibt sich, daß die auf volldingliche Rechte zugeschnittenen §§ 873 ff. BGB auf sie jedenfalls nicht in toto und unbesehen angewandt werden können, daß vielmehr bei jeder einzelnen Vorschrift oder jeder Gruppe von Vorschriften die Anwendbarkeit besonders zu untersuchen ist. Zu demselben Ergebnis gelangt R a i s e r [323] für die dinglichen Anwartschaften, die ebensowenig wie die Vormerkung den volldinglichen Rechten gleichgestellt werden können.

II Die zwischen den Extremen "Dingliches Recht"-"überhaupt kein Recht" liegenden Ansichten.

1. Die historisch orientierten Auffassungen.

a) Vergleiche zwischen Vormerkung und deutschrechtlichen Gebilden.

α) Vergleiche mit den zwischen Schuld- und Sachenrecht angesiedelten Instituten des älteren Rechts.

Angesichts der dogmatischen Schwierigkeiten bei der Einordnung der Vormerkung in die Begriffswelt des geltenden Rechts ist es nicht verwunderlich, daß insbeson-

---

321) Vgl. zu dieser Argumentation bereits oben § 10 I 2.

322) So Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 4. Philipsen, a.a.O. spricht vom absoluten, Biermann, a.a.O. vom dinglichen Schutz, den dieser Grundbuchvermerk dem obligatorischen Anspruch verleihe.

323) Anwartschaften, S. 60.

dere der älteren Literatur kein Griff in die Rechtsgeschichte zu tief war, um wenigstens ein Institut zu finden, mit dem die Vormerkung begrifflich übereinstimmt. Deutlich getragen von der Tendenz, im älteren Recht einen rettenden Strohhalm für die begriffliche Erfassung der Vormerkung zu finden, sind die Ausführungen von C r o m e [324] und E n d e m a n n, [325] die die Vormerkung mit den oben [326] dargestellten germanischen Wart- und Anwartschaftsrechten vergleichen. Ähnliches gilt für R e i c h e l [327], der die Richtigkeit des Vergleichs der Vormerkung mit den Wartrechten auf die Erbanwartschaft des sächsischen Rechts erstreckt, [328] und für E n n e c c e r u s, [329] der nicht nur die Vormerkung, sondern z.B. auch das dingliche Vorkaufsrecht [330] als moderne Erscheinungsform der germanischen Erwerbsberechtigungen ansieht.
Wenn ein Vergleich der Vormerkung mit den genannten Instituten des älteren deutschen Rechts überhaupt angängig ist, so vermag er jedenfalls nicht mehr als die Feststellung zu untermauern, der Gläubiger des vorgemerkten Anspruchs habe eine Stellung inne, die über das bloße Fordernkönnen vom Schuldner hinausgeht. Mehr als diese Aussage wollen und können die angeführten Schriftsteller auch nicht machen, denn in der Ausgestaltung der Schutzwirkungen ist die Vormerkung allein schon deshalb, weil sie das Produkt eines modernen und technisch durchgebildeten Grundbuchsystems ist, ein völliges aliud gegenüber

---

324) System, Bd. III, S. 176 f.

325) Lehrb., Bd. II, 1. Abt., S. 401 ff., insbes. 402.

326) § 1 I.

327) Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 152; Umschreibung der Vormerkung, S. 51.

328) Dogmat Jahrb 46, 152. Vgl. dazu auch §§ 2503 ff. sächsisches BGB. Nach § 2503 sächs. BGB konnte der Erblasser anordnen, "daß sein Erbe die Erbschaft oder einen Erbtheil einem Dritten, Anwärter, herausgeben oder hinterlassen soll, Fideicommiß." Als Wirkung der Anordnung einer Erbanwartschaft bestimmte § 2514 sächs. BGB: "Der Erbe erlangt an den zur Anwartschaft gehörigen Sachen das Eigenthum und ist, soweit diese unbeweglich sind, in dem Grundbuche als Eigenthümer einzutragen. Sein Eigenthum ist durch die Anwartschaft beschränkt und es ist diese Beschränkung, soweit sie unbewegliche Sachen betrifft, als Verfügungsbeschränkung im Grundbuche einzutragen."

329) Allgem. Teil, 9. Bearb., Marburg 1923, § 72 I B d.

330) A.a.O., § 72 I B e.

den Gebilden des älteren Rechts.

β) Vergleich mit dem jus ad rem des preußischen ALR.

Auch mit dem jus ad rem kann die Vormerkung nur in ganz groben Zügen verglichen werden, und auch dies nur dann, wenn man Vormerkung und gesicherten Anspruch als Einheit auffaßt, denn das jus ad rem war nicht, wie die Vormerkung, ein selbständiges Gebilde neben dem obligatorischen Anspruch, sondern entsprang diesem selbst. [331] Sieht man über diesen dogmatischen Unterschied und auch darüber hinweg, daß die Vormerkung im Gegensatz zum jus ad rem ein typisch buchrechtliches Institut ist, so ist gegen die insbesondere von Otto v. Gierke [332] vertretene Ansicht nichts einzuwenden, mit der Vormerkung habe trotz der heftigen Gegenwehr in den Gesetzgebungskommissionen [333] ein dem jus ad rem ähnliches Gebilde Eingang in das Vermögensrecht des BGB gefunden. Mehr als diesen ganz allgemeinen Vergleich ziehen auch Dernburg, [334] Heck, [335] Wieacker [336] und Dulckeit [337] nicht.

b) Vergleich der Vormerkung mit der obligatio in rem scripta des römischen Rechts.

Die insbesondere von Oberneck, [338] aber auch von Kohler [339] aufgestellte Behauptung einer Wesensgleichheit von Vormerkung und obligatio in rem scripta entbehrt

---

331) Vgl. oben § 1 II 2.

332) Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 338, insbes. Fußn. 155 zu § 119; Fahrnisbesitz, S. 20 f.

333) Vgl. oben § 3, insbes. II.

334) Bürg. Recht, Bd. III, S. 177, insbes. Fußn. 2 zu § 51.

335) Sachenrecht § 47 I 2 b. Mehr als eine ganz allgemeine begriffliche Charakterisierung der Vormerkung kann von Heck schon um deswillen nicht erwartet werden, weil er über die Anwendbarkeit der grundstücksrechtlichen Vorschriften auf sie ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Interessenlage entscheidet; vgl. in diesem Sinn a.a.O. § 47 IV 3.

336) Bodenrecht, S. 107 f.

337) Verdinglichung, S. 25 ff.

338) Grundbuchrecht, Bd. I, S. 448 ff.

339) Lehrb., Bd. I, S. 159 und Bd. II, 2. Teil, S. 358.

jeglicher Grundlage. Die Genannten übersehen vollständig, daß sich der obligatorische Anspruch des vormerkungsgesicherten Gläubigers immer nur gegen den ursprünglichen Schuldner, niemals aber - wie bei der obligatio in rem scripta [340] - gegen den Dritterwerber richtet. Wie wenig durchdacht der Vergleich von Vormerkung und obligatio in rem scripta letztlich ist, zeigt schon die Tatsache, daß K o h l e r [341] noch nicht einmal die grundverschiedenen Gebilde jus ad rem und obligatio in rem scripta auseinanderhält, sondern beide in einen Topf wirft.

Zusammenfassung.

Soweit sie nicht - wie im Falle der obligatio in rem scripta - von vornherein völlig verfehlt sind, vermögen die Vergleiche der Vormerkung mit den Instituten des älteren Rechts dem in § 10 gewonnenen Ergebnis - Vormerkung = Dinglichkeitsmantel um einen obligatorischen Anspruch - nichts Neues hinzuzufügen. Im Gegenteil: Die Einführung von Begriffen, die der Geschichte angehören, ist geeignet, Verwirrung zu stiften, wenn es darum geht, die Anwendbarkeit von Vorschriften des geltenden Rechts auf ein Institut eben dieses Rechts zu überprüfen. Selbst wenn die Vormerkung unbedenklich dem jus ad rem gleichgestellt werden könnte, wäre überhaupt noch nichts darüber gesagt, ob auf dieses Gebilde etwa §§ 878 oder 892 BGB anwendbar sind.

2. Die am geltenden Recht orientierten Auffassungen.

a) Die Ansicht, die Vormerkung stelle ein (qualifiziertes) Veräußerungsverbot dar.

Die Übereinstimmung der Sicherungswirkung der Vormerkung mit der Wirkung der Veräußerungsverbote nach §§ 135, 136 BGB [342] hat zu der weitverbreiteten [343] Auffassung geführt,

---

340) Vgl. dazu näher oben im Anhang zu § 1.

341) Lehrb., Bd. II, 2. Teil, a.a.O.

342) In beiden Fällen relative Unwirksamkeit zuwiderlaufender Verfügungen; vgl. dazu im einzelnen oben § 4 I 2 aα und c.

343) Aus der Rspr. vgl. z.B. KGJ 20, 80; 27, 85; 29, 236; KG OLG 10, 434; OLG Jena OLG 3, 98 f.; aus der Literatur: Brachvogel, Vormerkung und Grundbuchunrichtigkeit, Dogmat Jahrb 81, 24; Dernburg, Bürg Recht, Bd. III, S. 177 (D. scheut sich also nicht,

die Vormerkung stelle ein relatives Veräußerungs- oder Verfügungsverbot dar. Ihr wurde immer wieder ein ganzer Katalog von Unterschieden zwischen den beiden Instituten entgegengehalten. [344] Die wichtigsten von ihnen sind folgende: Es gibt kein rechtsgeschäftlich bestelltes Veräußerungsverbot mit über die obligatorische Bindung des Verpflichteten hinausgehenden Wirkungen; die rechtsgeschäftlich eingeräumte Vormerkung ist die einzige Ausnahme vom Grundsatz des § 137 BGB. Die Vormerkung bedarf im Gegensatz zu den Veräußerungsverboten zu ihrer Entstehung der Eintragung ins Grundbuch. Das Veräußerungsverbot ist ein ganz allgemeines Mittel zur Verhinderung nachteiliger Vorgänge für den Geschützten; die Vormerkung dient nur der Sicherstellung des Gläubigers einer persönlichen Forderung auf Änderung der dinglichen Rechtslage eines Grundstücks. Beide Institute sind mit verschieden weitreichenden Wirkungen in den kritischen Situationen im Vermögen des Betroffenen ausgestattet: im Konkurs und Zwangsvergleich ist die Stellung des Vorgemerkten durch die §§ 24 und 193 KO abgesichert, [345] während die Veräußerungsverbote nach § 13 KO ihre Wirksamkeit verlieren; in der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen dagegen wirkt das Veräußerungsverbot insofern stärker als die Vormerkung, als es die Durchführung des Verfahrens von vornherein hindert, [346] während

---

noch

343) die Vormerkung zugleich als Veräußerungsverbot und als jus ad rem zu kennzeichnen; vgl. zum letzteren oben 1 a β, insbes. Fußn 334. Dies ist ein zusätzliches Anzeichen dafür, daß die Charakterisierung der Vormerkung als jus ad rem zu allgemein und für das geltende Recht keineswegs befriedigend ist; andernfalls hätte es D. nicht nötig gehabt, noch zusätzlich auf das relative Veräußerungsverbot zurückzugreifen); Kretzschmar, ZBlFG 5, 40.

344) Vgl. in diesem Sinne vor allem Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot, JW 1902, 454 ff., aber z.B. auch Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 4 e; Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung, S. 39; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 3 und Vervier, Vormerkung, S. 35 f.

345) Vgl. dazu im einzelnen oben § 6 I und II 2.

346) Vgl. § 772 ZPO und § 28 ZVG.

die Vormerkung lediglich wie ein eingetragenes Vollrecht zu berücksichtigen ist. [347]

Diese Einwände konnten die Gleichsetzungstendenzen nicht zum Erliegen bringen. Da jedoch die nun einmal bestehenden Unterschiede zwischen beiden Instituten nicht geleugnet werden konnten, bezeichnete man die Vormerkung nicht als Veräußerungsverbot schlechthin, sondern als qualifiziertes Veräußerungsverbot. [348]

Sofern damit nicht mehr gesagt werden soll, als daß die Sicherungswirkung der Vormerkung mit der eines relativen Veräußerungsverbots übereinstimmt, ist gegen diese Auffassung sachlich nichts einzuwenden. Sobald sie jedoch zu einer Präjudizierung der Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften über dingliche Rechte auf die Vormerkung führt, [349] kann ihr nicht scharf genug entgegengetreten werden. Denn wie bereits oben [350] ausgeführt, kann weder die mangelnde Sachherrschaft des Vorgemerkten noch die von den beschränkt dinglichen Rechten abweichende Ausgestaltung seines Drittschutzes dazu führen, diese Frage endgültig und ohne Prüfung

---

347) Vgl. dazu oben § 6 III.

348) Das Festhalten an der grundsätzlichen Gleichstellung von Vormerkung und Veräußerungsverbot wird besonders plastisch begründet von Raape in JW 1927, 1927 (Anm. zu einer RG-Entscheidung, die der Vormerkung die Natur einer Verfügungsbeschränkung i.S. des § 878 BGB abgesprochen hatte): "Was das Gericht gegen die Annahme der Verfugungsbeschränkung als Folge der Vormerkung geltend macht, ist im Grunde nur dieses, daß die Wirkungen der Vormerkung sich nicht in einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers erschöpfen. Das ist alles richtig. Aber kann man die Tatsache, daß das Feuer das Eisen glühen macht, deswegen bestreiten, weil es das Eisen auch dehnt ?"
Zur Theorie von der Vormerkung als qualifiziertes Veräußerungsverbot vgl. weiter Raape, Veräußerungsverbot, S. 109; Bendix, Vormerkung, Gruch Beitr 49, 527; du Chesne, Dinglichkeit und dingliche Sicherung, ZBlFG 7, 195 ff.; insbes. S. 197; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht, S. 288 f.; Lippmann, Die Vormerkung auf Auflassung in der Zwangsversteigerung, Dogmat Jahrb 54, 154 f.; Priester, Vormerkung, Arch Bürg R 22, 176; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 147, der aber die Vormerkung gleichzeitig als Anwartschaft (dazu oben 1 a α) charakterisiert.

349) In dieser Richtung geht z.B. die Entscheidung KGJ 27, 85.

350) § 10 I 3

des Rechtsgehaltes der einzelnen Dinglichkeitsvorschriften zu verneinen.

Wichtiger als die allgemeine, theoretisch-terminologische Frage, ob die Vormerkung als qualifiziertes Veräußerungsverbot bezeichnet werden kann, ist die Frage, ob sie eine Verfügungsbeschränkung i.S. von § 878 BGB darstellt. Dieses Problem liegt auf einer ganz anderen Ebene als das der Anwendbarkeit des § 878 auf die Bewilligung oder Übertragung einer Vormerkung. Seine Behandlung im 4. Teil der Arbeit [351] wäre also systematisch verfehlt.

In die Problematik möge folgender Fall [352] einführen:

> A verkauft sein Grundstück dem B und läßt es ihm auf; gleichzeitig wird die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch beantragt. Gleichwohl verkauft A das Grundstück nochmals an V und bewilligt diesem eine Auflassungsvormerkung, die vom Grundbuchamt versehentlich vor der Eintragung des B als Eigentümer eingetragen wird.
>
> Erlangt B im Falle seiner Eintragung unbeeinträchtigtes Eigentum ? Oder ist sein Erwerb dem V gegenüber unwirksam ?

Die Lösung hängt davon ab, ob zugunsten des B § 878 BGB zur Anwendung gelangt; dies wiederum würde voraussetzen, daß die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung i.S. dieser Bestimmung darstellt. Das relative Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 BGB ist sicher eine solche Verfügungsbeschränkung. [353] Man könnte nun argumentieren, da die Vormerkung in ihrer Hauptwirkung, der Sicherungswirkung, dem Veräußerungsverbot völlig gleichgestellt sei, müsse auch sie eine Verfügungsbeschränkung nach § 878 BGB sein. [354]

---

351) Anwendbarkeit grundstücksrechtlicher Vorschriften auf die Vormerkung.

352) Vgl. auch den hypothekenrechtlichen Fall bei Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 154.

353) Vgl. z.B. RGZ 113, 408; KG JFG 9, 182; Palandt - Hoche § 878 Bem 2 c; RGR-Komm (Pritsch) § 878 Bem 13; Soergel - Baur § 878 Randn 4; Staudinger - Seufert § 878 Randn 6.

354) So z.B. Raape, JW 1927, 1927; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 154; Rheinen, Vormerkung, S. 21 f.

Dies wäre jedoch ein sehr vorschneller Schluß, der den Normzweck des § 878 außer acht ließe. Die Vorschrift will den gewinnenden Teil einer rechtsgeschäftlichen Änderung der dinglichen Rechtslage eines Grundstücks vor ihm schädlichen Vorgängen schützen, die sich außerhalb des Grundbuchs vollziehen. Gegen Rechtsakte, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Grundbuch bedürfen, ist der Erwerber eines Grundstücksrechts hinreichend durch die Ordnungsvorschriften der §§ 17, 45 GBO geschützt. [355] Da konstitutiver Akt für die Entstehung einer Vormerkung ihre Eintragung ist, kann sie also keine Verfügungsbeschränkung i.S. des § 878 BGB sein, obwohl sie gewisse Parallelen zum relativen Veräußerungsverbot aufweist. [356] Dieser Rechtslage entspricht auch der Wortlaut des § 883 II BGB, der die Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen ganz eindeutig dann eintreten läßt, wenn sie nach Eintragung der Vormerkung vorgenommen wurden. Da Wirksamkeitsvoraussetzung der in § 878 BGB genannten Verfügungen [357] die Eintragung der Rechtsänderung ins Grundbuch ist, werden sie immer von der relativen Unwirksamkeit betroffen, wenn der Buchakt nach Eintragung der Vormerkung erfolgt. [358]

---

355) Besonders klar in diesem Sinn Heck, Sachenrecht § 41, 6 und Staudinger - Seufert § 878 Randn 8.

356) Ganz h.M.; vgl. z.B. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 182 f.; Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung, S. 39; Erman - Westermann § 878 Bem 3; Heck, Sachenrecht § 47 III 12; Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot, JW 1902, 457; Palandt - Hoche § 883 Bem 2 a; Philipsen, Vormerkung, S. 27; Planck - Strecker § 878 Bem 2; Rosenberg, Sachenrecht § 878 Bem II 2 e; Sekler, Vormerkung, S. 178; Soergel - Baur § 878 Randn 2; Staudinger - Seufert § 878 Randn 8 und § 883 Randn 41.

357) Vgl. den Verweis auf §§ 873, 875, 877 BGB.

358) Zutreffend kritisiert Heck, Sachenrecht § 47 III 12 die Entscheidung RGZ 113, 408, wo zur Begründung des Versagens des § 878 BGB gegenüber einer Vormerkung noch ausgeführt wird, neben der Aufgabe, den Erwerb eines entgegenstehenden Rechts zu hindern, habe die Vormerkung eine aufbaufördernde Aufgabe: die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs in die Wege zu leiten; dies zeige besonders deutlich ihre rangwahrende Wirkung und ihre stärkere Stellung im Konkurs; die Wirkung des Veräußerungsverbots in der Zwangsvollstreckung könne demgegenüber nicht ins Gewicht fallen.
All diese Gründe könnten die Wirkung des § 878 BGB gegenüber der Vormerkung schwerlich zu Fall bringen, wenn sie nicht eben der Eintragung ins Grundbuch bedürfte.

b) Die Qualifizierung der Vormerkung als negatives Herrschaftsrecht.

Relativ anschaulich wird der eigenartige Charakter der Vormerkung - keine Gewährung von Sachherrschaft, aber gleichwohl Drittwirkung - seit S e c k e l [359] immer wieder [360] mit dem Begriff des negativen Herrschaftsrechts gekennzeichnet. [361] Aber auch diese Bezeichnung entbindet nicht von der genauen Untersuchung, ob und in welchem Umfang die grundstücksrechtlichen Normen auf das negative Herrschaftsrecht Vormerkung anwendbar sind. Nichts anderes meint wohl auch R a i s e r [362], der neuerdings ausgesprochen hat, der Typus des negativen Herrschaftsrechts bedürfte noch besonderer Untersuchung.

c) Die h.M.: Vormerkung ein besonders geartetes Sicherungsmittel, das dem geschützten Anspruch in gewissem Umfang dingliche Wirkungen verleiht.

Die Rechtsprechung hat sich zu keiner Zeit viel Mühe damit gemacht, die Vormerkung begrifflich scharf zu erfassen; sie hat sich vielmehr damit begnügt, ihr die Eigenschaft eines dinglichen Rechts abzuerkennen und ihre über die rein obligatorische Bindung des Schuldners hinausgehenden Wirkungen als in gewissem Umfange dinglich zu bezeichnen. [363] Auch die

---

359) Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, in Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903, S. 250.

360) Vgl. Martin Wolff, Sachenrecht, 9. Bearbeitung, Marburg 1932, § 48 VII 2 und Wolff - Raiser ebenda; Rheinen, Vormerkung, S. 1

361) Der Begriff ist im nordamerikanischen Recht durchaus gängig; vgl. Dölle, Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika, Gruch Beitr 68, 499 ff.

362) Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 568.

363) So die st. Rspr. des RG: RGZ 65, 261; 83, 437; 113, 403 f.; 116, 238; 118, 234; 120, 15; 128, 48; 129, 185; 132, 423; 134, 181; 151, 392 f. Der BGH hat sich im Streit um die Rechtsnatur dieselbe Zurückhaltung auferlegt, vgl. BGHZ 25, 23 ("Die Vormerkung ist zwar kein dingliches Recht am Grundstück, aber als besonders geartetes Sicherungsmittel geeignet, dem geschützten Anspruch in gewissem Rahmen dingliche Wirkungen zu verleihen"); BGHZ 28, 185.

heute ganz überwiegende Meinung im Schrifttum scheint sich die Prophezeihung von F u c h s [364] zu Herzen genommen zu haben, daß es sich beim Streit um die Rechtsnatur der Vormerkung um eine jener Kontroversen handelt, die nicht sterben können; sie begnügt sich deshalb mit denselben oder ähnlichen Umschreibungen wie die Rechtsprechung.[365] Derartige Selbstbescheidung im Grundsätzlichen hat natürlich den insbesondere der Praxis willkommenen Vorteil, daß man bei der Frage nach der Anwendbarkeit der grundstücksrechtlichen Vorschriften auf die Vormerkung recht elastisch manipulieren kann. Allzuviel Unbekümmertheit in den Grundsatzfragen bringt andererseits aber die Gefahr mit sich, daß die Wendung, die Vormerkung sei ein eigenartiges Sicherungsmittel mit gewissen dinglichen Wirkungen, zu einer blutleeren Formel erstarrt und zur Lösung der entscheidenden und praktisch bedeutsamen Fragen nichts mehr beizutragen vermag.

Zusammenfassung.

Die Darstellung der am geltenden Recht ausgerichteten Auffassungen zur Rechtsnatur der Vormerkung hat ergeben, daß es sich bei ihnen im wesentlichen um nichts anderes handelt als um mehr oder weniger glückliche Versuche, die bereits in § 10 gewonnenen Ergebnisse terminologisch zu erfassen. Angesichts der eigenartigen Natur der Vormerkung muß bezweifelt werden, ob dies jemals in allseits befriedigender Weise erreicht werden kann. Aus diesem Grunde wurde auch darauf verzichtet, den zahlreichen Umschreibungen der

---

364) Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 8.

365) Vgl. z.B. Altenberg, Auflassungsvormerkung, S. 13; Baur, Sachenrecht § 20 VI 1 und in Soergel - Siebert § 883 Randn 1; Cosack - Mitteis, Lehrb., Bd. II, S. 94; Furthmann, Vormerkung, S. 42; J. v. Gierke, Sachenrecht § 20 IV; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 6; Güthe -Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 25 Randn 14; insbes. S. 605; Heinrich, Vormerkung, S. 67; Maenner, Sachenrecht, S. 80; Palandt - Hoche § 883 Bem 2 a; Planck - Strecker § 883 Bem 2 (S. 220); RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 33 ff., insbes. 37; Staudinger - Seufert § 883 Randn 39.

Vormerkung eine weitere hinzuzufügen, denn vermutlich hätte sie zur Lösung der im 4. Teil zu erörternden Sachfragen nicht mehr beigetragen als die bereits vorhandenen und damit die Arbeit nur mit überflüssigen terminologischen Erörterungen belastet. [366]

Anhang:

Stellen Bewilligung, Übertragung und Aufhebung der Vormerkung Verfügungen dar ?

Ganz einhellig werden in Literatur [367] und Rechtsprechung [368] solche Rechtsgeschäfte als Verfügungen angesehen, die eine unmittelbare Entäußerung oder Verringerung von Rechtsmacht beim Verfügenden zur Folge haben. Die §§ 873 ff. BGB regeln vorwiegend die rechtsgeschäftliche Bestellung, Übertragung, inhaltliche Änderung und Aufhebung dinglicher Rechte an Grundstücken, also klassische Fälle von Verfügungen. Ihre Anwendbarkeit auf die Vormerkung wird mithin auch wesentlich davon abhängen, ob deren Bestellung, Übertragung und Aufhebung als Verfügung zu qualifizieren ist.
Da der Besteller einer Vormerkung die unmittelbare Sachherrschaft über den Gegenstand seines Rechts nicht verliert und diese folglich dem Vorgemerkten nicht zuwächst, [369] kann die Einräumung einer Vormerkung jedenfalls keine derartige Verfügung sein, wie sie die Bestellung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück darstellt. Aus demselben Grunde kann auch die Übertragung einer Vormerkung nicht mit der Übertragung eines dinglichen Rechts gleichgestellt werden.
Daraus folgt jedoch keineswegs, daß der Bestellung und Übertragung der Vormerkung überhaupt keine Verfügungsnatur zukommt. Denn der Verlust von Rechtsmacht beim Verfügenden braucht nicht unbedingt darin zu bestehen, daß gerade seine Sachherrschaftsbefugnis aufgehoben oder geschmälert wird.

---

366) Gegen eine Überbewertung der terminologischen Fragen auch Westermann, Sachenrecht § 84 I 2 c.

367) Vgl. z.B. Enneccerus - Nipperdey, Allgem. Teil, 2. Halbb., § 143 II und Staudinger - Coing, Einleitung vor § 104, Randn 63 jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

368) Vgl. z.B. BGHZ 1, 304.

369) Vgl. oben § 10 I.

Auch andere Beschränkungen des rechtlichen Könnens, insbesondere die Beeinträchtigung der Übertragbarkeit, Aufhebbarkeit und Belastungsfähigkeit eines bestimmten Rechts, stellen Schmälerungen der Rechtsmacht dar. Derartige Beschränkungen aber legt sich der Schuldner mit der Bestellung einer Vormerkung selbst auf, denn seine späteren vormerkungswidrigen Verfügungen werden mit der Sanktion der relativen Unwirksamkeit belegt. [370] Es kann demnach überhaupt nicht angezweifelt werden, daß die Bestellung einer Vormerkung eine Verfügung über den betroffenen Gegenstand beinhaltet. [371] Die abweichende Auffassung begeht den Fehler, daß sie als Verfügungen nur die in §§ 873 ff. BGB geregelten Vorgänge ansieht. [372]

Ob auch die Übertragung und Aufhebung der Vormerkung als Verfügung anzusehen ist, hängt davon ab, ob dem Vorgemerkten überhaupt irgendeine Rechtsmacht zukommt; deren er sich selbst wieder berauben kann. Dies ist nach dem oben [373] Gesagten zu bejahen. Der Verfügungsbeschränkung des Vormerkungsbetroffenen auf der einen entspricht die in seinem Drittschutz beruhende Position des Vorgemerkten auf der anderen Seite. Gibt er diese Stellung preis, so entäußert er sich damit seiner über das bloße schuldrechtliche Fordernkönnen hinausgehenden Rechtsmacht, nimmt m.a.W. eine Verfügung vor. [374]

Es braucht kaum noch besonders darauf hingewiesen zu werden,

---

370) Vgl. oben § 4 I.

371) Das ist ganz h.M.; vgl. z.B. RGZ 118, 234; 121, 46; 134, 123; BGHZ 25, 23; Baur, Sachenrecht § 20 III 1 b und in Soergel - Siebert § 883 Randn 2; Bendix, Vormerkung, Gruch Beitr 49, 530; Palandt - Hoche § 883 Bem 2 a; Planck - Strecker § 883 Bem 2 u. 3 K; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 154; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 45; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 5; Staudinger - Seufert § 883 Randn 40 u. § 885 Randn 3; Staudinger - Coing, Einleitung vor § 104 Randn 63; Strohal, Öffentlicher Glaube, S. 22 u. 35; Wolff - Raiser § 48 IV. Selbstverständlich gelangen auch diejenigen zur Bejahung der Verfügungsnatur, die die Vormerkung als dingliches Recht ansehen; vgl. z.B. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 19; Othmer, Vormerkung, S. 103 ff.; Sekler, Vormerkung, S. 130.

372) Vgl. in diesem Sinne z.B. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 192 f.; Endemann, Lehrb., Bd. II, 1. Abt., § 65 Fußn 22; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht § 65 Fußn 4; Philipsen, Vormerkung, S. 69; v. Tuhr, Allgem. Teil, Bd. II, 1. Hälfte, S. 254 f.

373) § 10 II 2.

374) Die Frage wird in der Literatur vergleichsweise wenig behandelt;

daß mit der Bejahung der Verfügungsnatur der genannten Vorgänge noch nicht endgültig über die Anwendbarkeit grundstücksrechtlicher Vorschriften mit Verfügungsgehalt auf sie entschieden ist. Vielmehr kann auch hier wiederum nur gesagt werden, daß die Anwendbarkeit jedenfalls nicht schon um deswillen ausgeschlossen ist, weil die Bestellung, Aufhebung und Übertragung einer Vormerkung nicht als Verfügungen derart anzusehen sind, wie sie die §§ 873 ff. BGB primär im Auge haben.

Nach Klarstellung der eigentümlichen, in der Bestellung einer Vormerkung liegenden Verfügung kann nunmehr auch auf die Frage eingegangen werden, ob eine Auflassungsvormerkung den gesicherten Gläubiger unter gewissen Umständen davor schützen kann, als Vermögensübernehmer nach § 419 BGB in Anspruch genommen zu werden. [375]

Vorzüglich geeignet zur Erörterung dieses Problems ist der jüngst vom BGH [376] entschiedene folgende Fall:

> Dem Kläger ist am 11.12.1952 eine Geldforderung gegen den Beklagten S erwachsen. Bereits am 1.12.1952 hatte der Beklagte L von S dessen Hof gekauft, der praktisch das gesamte Vermögen des S ausmachte. Am 3.12.52 ging beim Grundbuchamt ein Antrag auf Eintragung einer in der Kaufvertragsurkunde vom 1.12. dem L bewilligten Auflassungsvormerkung ein. Am 10.12. [377] wurde die Vormerkung und nach dem 11.12.52 L als Eigentümer des Grundstücks ins Grundbuch eingetragen. Der Kläger nimmt neben S auch L aus § 419 BGB wegen seiner am 11.12.52 entstandenen Forderung in Anspruch.

Der BGH [378] läßt die Frage offen, ob es bedenkenfrei sei,

---

noch

374) zustimmend z.B. Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 154 und selbstverständlich auch Sekler, Vormerkung, S. 130, der ja die Vormerkung als dingliches Recht auffaßt.

375) In § 4 II (vgl. insbes. Fußn. 138) noch offengelassen.

376) NJW 1960, 1757 ff.

377) Nach dem in der genannten Entscheidung mitgeteilten Sachverhalt gelangte Die Vormerkung erst nach dem 11.12.52 ins Grundbuch. Hier wird deshalb ein früherer Eintragungszeitpunkt angenommen, um den Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 878 BGB auf die Bewilligung einer Vormerkung (dazu unten § 14 II) nicht vorgreifen zu müssen.

378) A.a.O., S. 1758.

die Haftung des Übernehmers auch dann eintreten zu lassen, wenn die Forderung des Gläubigers zwar nach Abschluß des obligatorischen Vertrages, aber vor Erfüllung, also hier Übereignung des das ganze Vermögen ausmachenden Grundstücks, entstanden ist. [379] Er lehnt eine Haftung des L aus § 419 BGB deshalb ab, weil dieser jedenfalls vor Entstehung des Anspruchs des Klägers eine Auflassungsvormerkung erlangt hat.

Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Zwar stellt § 419 I BGB seinem Wortlaut nach auf die Übernahme ab, so daß L, da Übereignung auf ihn erst nach dem Entstehen der Forderung erfolgte, bei wortgetreuer Interpretation dem Kläger aus § 419 BGB haften würde. Grundgedanke der Vorschrift ist jedoch, "daß das Aktivvermögen des Schuldners die natürliche Grundlage für den ihm eingeräumten Kredit bildet, und daß daher die Gläubiger die Möglichkeit haben müssen, ihre Befriedigung aus dem übertragenen Vermögen in gleicher Weise zu erhalten, wie wenn die Übertragung nicht stattgefunden hätte." [380] Es kommt demnach entscheidend darauf an, ob der Kläger vor der Veräußerung des Hofes überhaupt noch eine Möglichkeit der Befriedigung aus dem Vermögen des S besaß. Das ist von dem Zeitpunkt ab zu verneinen, in dem L die Auflassungsvormerkung erlangte. Denn die Vormerkung verhinderte gemäß § 883 II BGB einmal, daß S irgendwelche rechtsgeschäftlichen Verfügungen über seinen einzigen Vermögensgegenstand, das Hofgrundstück, zur Befriedigung des Klägers mit Wirkung gegen L vornehmen konnte; aber auch die Wirksamkeit sämtlicher Vollstreckungsmaßnahmen des Klägers wäre an der Vormerkung gescheitert. [381]

Völlig an der Sache vorbei geht die Argumentation des OLG Celle, [382] eine Auflassungsvormerkung könne die Haftung des Vermögensübernehmers deshalb nicht ausschließen, weil der Anspruch des Gläubigers nach § 419 BGB nicht dinglicher, sondern obligatorischer Natur sei. Zwar ist richtig, daß die

---

379) Für Haftung des Übernehmers in derartigen Fällen z.B. RGZ 130, 37.

380) So der BGH, a.a.O., im Anschluß an die einhellige Auffassung in Lit. u. Rspr.

381) Zur Wirkung der Vormerkung in der Zwangsversteigerung vgl. oben § 6 III.

382) NJW 1956, 792 (794).

Vormerkung primär nur dem Schutze vor nachteiligen Vorgängen mit dinglicher Wirkung dient, aber es wäre eine Verkennung des Grundgedankens des § 419 BGB, würde man trotz der völligen Abschirmung des alleinigen Vermögensgegenstandes zugunsten des Vorgemerkten dessen Haftung als Übernehmer eintreten lassen. 383)

383) Wie hier und im Sinne des BGH auch OLG Karlsruhe, Dt Not Z 1959, 315 (317, 318).

4. Teil

Inwieweit sind die Vorschriften über dingliche Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung anwendbar ?

Vorbemerkung

Die Untersuchung der Rechtsnatur der Vormerkung hat eine "Patentlösung" der Frage nach der Anwendbarkeit der grundstücksrechtlichen Vorschriften auf dieses Institut nicht erbracht. Immerhin geben die in §§ 10 und 11 gewonnenen Ergebnisse einen festen und reine Billigkeitserwägungen ausschließenden Wegweiser für die folgenden Untersuchungen: Die grundstücksrechtlichen Normengruppen werden daraufhin zu durchleuchten sein, ob sie vornehmlich die inhaltliche Ausgestaltung der dinglichen Rechte, also die Sachherrschaftsbefugnisse des Berechtigten, regeln, oder, ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines volldinglichen Rechts, buchrechtliche Vorgänge ganz allgemein erfassen, insbesondere Ausnahmen von dem in § 413 BGB ausgesprochenen Grundsatz der formlosen Rechtsübertragung statuieren wollen.

§ 12

Die Bestimmungen zur Regelung der dinglichen Sachherrschaftsbefugnisse. [384]

Die Schutzvorschriften gegen tatsächliche Beeinträchtigungen der Sachherrschaft.

Die Untersuchungen in § 10 I haben ergeben, daß dem Vorgemerkten

---

384) Selbstverständlich können im folgenden nicht alle Vorschriften, die es mit den Sachherrschaftsbefugnissen des dinglich Berechtigten zu tun haben, auf ihre Anwendbarkeit im Vormerkungsbereich hin untersucht werden. Vielmehr sollen - gleichsam stellvertretend für die übrigen - nur zwei Gruppen behandelt werden: die Vorschriften zum

keinerlei Sachherrschaftsbefugnisse zustehen, daß vielmehr der unmittelbaren Beziehung des dinglich Berechtigten zur Sache bei der Vormerkung der rein obligatorische Anspruch des gesicherten Gläubigers entspricht.

Von dieser grundsätzlichen Erkenntnis aus ist es selbstverständlich, daß die Vorschriften zum Schutze der Sachherrschaftsbefugnisse auf die Vormerkung keine Anwendung finden können, denn es ist nichts da, was gegen Beeinträchtigungen tatsächlicher Natur geschützt werden könnte. Setzt sich also z.B. im Falle der Auflassungsvormerkung ein Dritter unbefugt in den Besitz des geschuldeten Grundstücks, so steht dem Vorgemerkten nicht der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zu. Ebensowenig kann er nach § 1004 BGB vorgehen, wenn sich ein Dritter an den Abbruch des auf dem Grundstück errichteten Gebäudes macht. Auch die Gläubiger anderer Ansprüche sind nicht gegen Beeinträchtigungen des vormerkungsbetroffenen Gegenstandes geschützt: dem Nießbrauchs-Vorgemerkten stehen nicht die Rechte aus § 1065 BGB und den Dienstbarkeits-Vorgemerkten nicht die Ansprüche aus §§ 1027, 1090 II BGB zu.

Für die Hypothekenvormerkung kann nichts anderes gelten. Zwar stellt die Befriedigungsbefugnis des Hypothekars eine weniger greifbare Beziehung zum Grundstück dar als das Nutzungsrecht z.B. des Nießbrauchers; aber das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch die Hypothek echte dingliche Sachherrschaft gewährt. [385] Und nur zum Schutze dieser Sachherrschaft sind dem Hypothekar die Gefährdungsklagen der §§ 1133 - 1135 BGB in die Hand gegeben; die Vorschriften enthalten nichts anderes als den auf die Hypothek zugeschnittenen Rechtsgedanken des § 1004 BGB. Wer also die Anwendung des § 1004 BGB zugunsten des Auflassungsvorgemerkten ablehnt, darf dem Hypothekenvorgemerkten - will er sich nicht dem Vorwurf der Inkonsequenz aussetzen - auch nicht

---

noch

384) Schutz gegen Entziehung und andere Beeinträchtigungen der Sachherrschaft und die buchrechtlichen Ersitzungs- und Verjährungsvorschriften.

385) Vgl. oben § 9 II 1.

die Rechte der §§ 1133 ff. BGB gewähren. [386]

II Die grundstücksrechtlichen Ersitzungs- und Verjährungsvorschriften (§§ 900 - 902 BGB).

Daß eine eingetragene Auflassungsvormerkung nicht Grundlage einer Buchersitzung des Grundstückseigentums sein kann, liegt auf der Hand; es kann stets nur das ersessen werden, was im Grundbuch steht. Gleiches gilt selbstverständlich für Vormerkungen der in § 900 II BGB genannten Rechte.
§ 901 BGB kann auf die Vormerkung schon deshalb keine Anwendung finden, weil er die dinglichen Inhaltsansprüche der Grundstücksbelastungen, also z.B. das Befriedigungsrecht des Hypothekars oder die Benutzungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten zum Gegenstand hat; [387] einen derartigen Anspruch gewährt aber die Vormerkung gerade nicht. [388]
Auch § 902 BGB bezieht sich auf die inhaltlichen Befugnisse der dinglichen Rechte, also z.B. bei der Hypothek auf das Befriedigungsrecht, nicht aber auf den gesicherten obligatorischen Anspruch. [389] Die Anwendbarkeit der Bestimmung auf die Vormerkung wird deshalb zutreffend von all denjenigen abgelehnt, die erkennen, daß der vormerkungsgesicherte Anspruch obligato-

---

386) So z.B. auch Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 5 g; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht, S. 290; Heinrich, Vormerkung, S. 156; Philipsen, Vormerkung, S. 69; Planck - Strecker § 883 Bem 3 n; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 41; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 b; Staudinger - Seufert § 883 Randn 59.
A.A., aber völlig konsequent von seiner grundsätzlichen Ansicht zur Rechtsnatur der Vormerkung, Othmer, Vormerkung, S. 102. Auch Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 9 und Vervier, Vormerkung, S. 86 u. 98 geben dem Hypothekenvorgemerkten die Gefährdungsklagen nach §§ 1133 ff. Bemerkenswert und inkonsequent ist jedoch, daß keiner der Genannten eindeutig die Anwendung der §§ 985 u. 1004 BGB auf die Auflassungsvormerkung fordert.

387) Vgl. z.B. RGR-Komm (Pritsch) § 901 Bem 3; Soergel - Baur § 901 Randn 2; Staudinger - Seufert § 901 Randn 2; Westermann, Sachenrecht § 86 IV 2; Wolff - Raiser § 49 III 1.

388) Über das Schicksal der Vormerkung im Falle der Verjährung des gesicherten Anspruchs vgl. unten § 13 II 1.

389) Vgl. z.B. Palandt - Hoche § 902 Bem 1 d; RGR-Komm (Pritsch) § 902 Bem 3; Soergel - Baur § 902 Randn 2; Westermann, Sachenrecht § 86 IV 2.

rischer Natur ist und bleibt. [390] O t h m e r [391] ist auch in diesem Punkte konsequent und nimmt Unverjährbarkeit des gesicherten Anspruchs an. [392] F u c h s [393] sieht sich in der Annahme der Unverjährbarkeit des der Vormerkung zugrunde liegenden Anspruchs durch die Vorschrift des § 886 BGB gehindert. [394]

Keine Bedenken bestehen gegen die Annahme, der Anspruch des Vorgemerkten nach § 888 I BGB gegen den Dritterwerber unterliege nicht der Verjährung [395]. Selbstverständlich gilt das aber nur insoweit, als die Vormerkung selbst noch besteht; wird diese wegen Verjährung des gesicherten Anspruchs im Wege des § 886 BGB beseitigt, so erlischt auch der buchrechtliche Zustimmungsanspruch gegen den vormerkungswidrigen Erwerber.

Eine von dem Problem der Anwendbarkeit des § 902 BGB scharf zu trennende Frage ist die, ob die Eintragung einer Vormerkung die Verjährung des schuldrechtlichen Anspruchs unterbricht. Umstritten ist die Frage nach der Unterbrechungswirkung der erzwungenen Vormerkung. Ihre Beantwortung hängt wesentlich davon

---

390) Vgl. z.B. Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 4 c u. § 902 Bem 1; Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung, S. 33; Crome, System, Bd. III, S. 178; Feldmann, Vormerkung, S. 24; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht, S. 289; Güthe - Triebel, Grundbuchordnung § 25 Randn 24; Kretzschmar, Sachenrecht § 886 Bem 1; Leyser, Vormerkung, S. 19 f.; Maenner, Sachenrecht, S. 81; Philipsen, Vormerkung, S. 53; Planck - Strecker § 883 Bem 3 m; RGR-Komm (Pritsch) § 902 Bem 5; Rheinen, Vormerkung, S. 56 f.; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d μ, Soergel - Baur § 902 Randn 1; Staudinger - Seufert § 902 Randn 2; KG HRR 1929 Nr. 8; RGZ 81, 290.

391) Vormerkung, S. 98.

392) Nicht zutreffend ist jedoch sein Vorwurf (a.a.O.) gegen die h.M. sie führe deshalb zu ungereimten Ergebnisse, weil auch sie im Falle einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung einen Widerspruch zulasse. Werde dieser eingetragen, so komme § 902 II BGB zur Anwendung und der vorgemerkte Anspruch werde auf jeden Fall der Verjährung entzogen. Der Inhaber einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung stehe also im Falle eines Widerspruchs besser als ein eingetragener Vorgemerkter.
Othmer übersieht bei dieser Argumentation, daß ein Widerspruch selbstverständlich nur die Verjährung solcher Ansprüche ausschließen kann, die aus den in § 902 I BGB genannten Rechten entspringen.

393) Grundbuchrecht, Bd. I § 887 Bem 1 und § 902 Bem 5.

394) Ebenso z.B. Vervier, Vormerkung, S. 25 f.; Sekler, Vormerkung, S. 148.

395) So z.B. Sekler, Vormerkung, S. 148; Weber, Vormerkung, S. 44 f.

ab, was man unter Vollstreckungshandlung i.S. des § 209 II Ziff. 5 BGB versteht. Angesichts der Gleichstellung der in § 209 II BGB genannten Fälle mit der Erhebung der Klage auf Befriedigung oder Feststellung des von der Verjährung bedrohten Anspruchs (§ 209 I) kann nicht zweifelhaft sein, daß es sich dabei um Maßnahmen handeln muß, die unmittelbar der Befriedigung des Gläubigers dienen sollen. [396] Es scheiden also solche Maßnahmen aus, die nur seine Sicherung bezwecken. Da die Vormerkung ein typisches Sicherungsmittel für den Gläubiger ist und keine der vom Schuldner vorzunehmenden Befriedigungshandlungen ersetzt, [397] stellt ihre Erzwingung im Wege der einstweiligen Verfügung keine Vollstrekkungshandlung i.S. des § 209 II Ziff. 5 BGB dar. [398] Dagegen wird man in der Bewilligung einer Vormerkung eine Anerkennung des Anspruchs durch den Schuldner zu erblicken haben, die nach § 208 BGB die Verjährung unterbricht. [399] Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß - wegen der Unanwendbarkeit des § 902 BGB - trotz Eintragung der Vormerkung sofort eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt; § 217 BGB.

---

396) Vgl. dazu insbes. KG JW 1938, 45.

397) Siehe oben § 10 I 1 a.

398) So z.B. auch RG JW 1908, 235; Fraeb, JW 1938, 2934; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 902 Bem 5; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb. 46, 84; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 μ; Soergel - Siebert § 209 Randn 32. A.A. z.B. KG J 1933, 1035; Sekler, Vormerkung, S. 148; Staudinger - Coing § 209 Randn 17.

399) So z.B. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 902 Bem 5 und Grundbegriffe des Sachenrechts, S. 80 f.; Planck - Strecker § 883 Bem 3 m; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d μ; Staudinger - Seufert § 902 Randn 2. Sehr zurückhaltend Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 83 f.

§ 13

Die Vorschriften über den Erwerb, die Aufhebung und die inhaltliche Änderung von Grundstücksrechten.

I Die Vorschriften über den Erwerb von Grundstücksrechten.

1. § 873 BGB

a) Anwendbarkeit auf die Bewilligung der Vormerkung ?

Voraussetzung für das Entstehen der Vormerkung ist nach §§ 883 I 1, 885 BGB ihre Eintragung ins Grundbuch.[400] Die formellrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen sind dieselben wie bei jeder anderen Grundbucheintragung: bei der bewilligten Vormerkung Eintragungsantrag (§ 13 GBO) und Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO), beides in der Form des § 29 GBO; an Stelle der Eintragungsbewilligung tritt bei der erzwungenen Vormerkung die einstweilige Verfügung; der Eintragungsantrag kann durch das Ersuchen des Gerichts nach § 941 ZPO ersetzt werden, dem das Grundbuchamt Folge zu leisten hat (§ 38 GBO). Tritt der Antrag auf Eintragung der Vormerkung in Konkurrenz mit anderen Eintragungsanträgen, so kommen die Vorschriften der §§ 17 und 45 GBO zum Zuge. Außerdem ist stets der Grundsatz der Voreintragung zu beachten, § 39 GBO.

Die Vormerkung ist jedoch nicht nur ein Grundbuchvermerk, sondern besitzt weitreichende materiellrechtliche Wirkungen;[401] die Einschränkung des rechtlichen Könnens, die sie für den Schuldner zugunsten des Gläubigers mit sich bringt, mußte zwangsläufig dazu führen, ihre Bewilligung

---

400) Dies gilt nicht nur für die bewilligte, sondern auch für die im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungene Vormerkung; vgl. z.B. Westermann, Sachenrecht § 84 II 4.

401) Zu den Vormerkungswirkungen vgl. §§ 4 - 7.

als Verfügung über den betroffenen Gegenstand zu qualifizieren. [402] Obwohl der Vorgemerkte keine positive dingliche Macht über den vormerkungsbetroffenen Gegenstand erlangt, läge nichts näher, als § 873 BGB entsprechend auf diese Verfügung anzuwenden, d.h. neben dem sich bereits aus §§ 883, 885 BGB ergebenden Erfordernis der Bucheintragung Einigung des Schuldners und des Gläubigers über die Bestellung der Vormerkung zu verlangen. Dafür würde insbesondere auch sprechen, daß § 413 in Verbindung mit § 398 BGB den ganz allgemeinen Grundsatz enthält, daß zur Verfügung über ein Recht ein Vertrag, also Einigung der Beteiligten erforderlich ist, und § 873 BGB nichts anderes beinhaltet als eine spezielle Ausgestaltung dieses Grundsatzes für den grundstücksrechtlichen Verkehr.
Ob aber eine entsprechende Anwendung des § 873 BGB überhaupt geboten ist, kann endgültig erst beantwortet werden, wenn geklärt ist, welche Bedeutung dem § 885 BGB zukommt. Verfügte diese Vorschrift nämlich über materiellrechtlichen Gehalt, so ginge sie als Spezialvorschrift dem ohnehin nur analog anwendbaren § 873 vor. Genauer: Die Anwendbarkeit des § 873 BGB hängt davon ab, ob die Worte "Die Eintragung der Vormerkung erfolgt auf Grund der Bewilligung desjenigen, ..." in § 885 I 1 BGB besagen wollen, daß statt der sonst zu dinglichen Rechtsänderungen erforderlichen Einigung im Falle der Vormerkung die einseitige Bewilligung des Betroffenen genügt, oder ob sie nur als Hinweis darauf aufzufassen sind, daß die Vormerkung auch freiwillig bestellt werden kann, ohne zum Ausdruck zu bringen, was dazu außer der Eintragung materiellrechtlich erforderlich ist. Beide Auffassungen werden vertreten; die Ansicht von der materiellrechtlichen Bedeutungslosigkeit des § 885 BGB [403] kann auf die Gesetzesmaterialien [404] und die Übereinstimmung

---

402) Vgl. Anhang zu § 11.

403) Vgl. in diesem Sinne z.B. Fuchs, LZ 1914, Sp. 4 f. (anders in Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 17 und § 885, Einleitung); Heck, Sachenrecht § 47 III 3; Othmer, Vormerkung, S. 94; Rheinen, Vormerkung, S. 24 f.; Sekler, Vormerkung, S. 52 ff.

404) Mot. III, S. 244, wo für die Bestellung der Vormerkung auf den dem jetzigen § 873 BGB entsprechenden § 828 E I verwiesen wird.

des § 885 BGB in dem Ausdruck "Bewilligung" mit dem bloß formellrechtlich bedeutsamen § 19 GBO verweisen; für den materiellrechtlichen Gehalt des § 885 BGB [405] spricht seine Stellung im materiellen Grundstücksrecht und die Tatsache, daß die Bewilligung zusammen mit der einstweiligen Verfügung genannt wird, die zweifellos eine materiellrechtliche Entstehungsvoraussetzung darstellt. Der letzteren Ansicht ist der Vorzug zu geben. Die Berufung auf die Motive ist schon um deswillen höchst anfechtbar, weil die Vormerkung in ihrer heutigen Gestalt erst in den E II Eingang gefunden hat; außerdem liegt der Schluß nahe, daß der so verweisungsfreudige Gesetzgeber ebenso wie z.B. in § 877 auf den § 873 BGB verwiesen hätte, wenn er die Bestellung der Vormerkung dieser Vorschrift hätte unterstellen wollen. Die Parallelität im Wortlaut der §§ 885 BGB und 19 GBO ist wohl kaum mehr als ein Zufall. [406]

Der Streit um die Anwendbarkeit des § 873 BGB auf die Bestellung der Vormerkung hat dadurch viel von seiner Bedeutung verloren, daß die Anwendbarkeit des § 878 BGB nicht mehr - wie früher - [407] von dem Vorliegen einer in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärung abhängig gemacht wird, [408] die Würfel in den praktisch bedeutsamen

---

405) So die ganz h.M.; vgl. z.B. RG Gruch Beitr 62, 117 ff.; JW 1926, 1957; KG J 46, 200 ff. (207, 208) = RJA 14, 179 ff. (184, 185) = ZBl. FG 16, 505 (509); KG OLG 45, 198 f. = JFG 4, 336 ff. (338); Baur, Sachenrecht § 20 III 1 a und in Soergel - Siebert § 885 Randn 1; Biermann, Sachenrecht § 885 Bem 1 b und Widerspruch und Vormerkung, S. 146; Cosack - Mitteis, Lehrb., Bd. II, S. 94; Endemann, Lehrb., Bd. II, 1.Abt., S. 412; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht, S. 263; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 40 f., insbe Fußn 81; Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 19 Randn 18; Palandt - Hoche § 885 Bem 1; Planck - Strecker § 885 Bem 1 u. 2 b∝ ;RGR-Komm (Pritsch) § 885 Bem 7; Rosenberg, Sachenrecht § 885 Bem I 2; Staudinger - Seufert § 885 Randn 3; Strohal, Öffentlicher Glaube, S. 18, insbes. Fußn 16; Westermann, Sachenrecht § 84 II 2; M. Wolff, Sachenrecht § 48 Fußn 13 und Wolff - Raiser § 48 Fußn 15.

406) Vgl. dazu insbes. Rosenberg, Sachenrecht § 885 Bem I 2.

407) Vgl. z.B. Kretzschmar, Sachenrecht § 885 Bem 1, der in § 885 eine materiellrechtlich relevante Vorschrift erblickt und § 878 für unanwendbar hält, wenn die Vormerkung nur einseitig vom Schuldner bewilligt wurde; haben sich die Parteien darüber hinaus geeinigt, so soll § 878 BGB zum Zuge kommen.

408) Vgl. dazu näher unten § 14 I.

Fragen also nicht bereits mit dem Ja oder Nein zu § 873 BGB, sondern erst später fallen.

b) Anwendbarkeit auf die Übertragung der Vormerkung ?

Bereits oben [409] wurde aus dem Zweck der Vormerkung [410] der Schluß abgeleitet, daß sie streng akzessorisch ist und deshalb gemäß § 401 BGB dem abgetretenen obligatorischen Anspruch folgt; eine selbständige Übertragung der Vormerkung scheitert daran, daß sie mit der Loslösung von der gesicherten Forderung erlischt. [411] Da sich also die Übertragung der Vormerkung in rein schuldrechtlichen Bahnen vollzieht, scheidet sowohl die Anwendung des § 873 als auch des § 885 BGB aus. Als Buchakt kommt lediglich die für den Vormerkungserwerb bedeutungslose Berichtigung des Grundbuchs zugunsten des Zessionars in Betracht. [412]
B o s c h , [413] der die Anwartschaft des Auflassungsempfängers als Grundlage einer Vormerkung anerkennt, [414] gelangt zu dem Ergebnis, die Vormerkung gehe im Falle der Übertragung der Anwartschaft auf den zweiten Auflassungsempfänger über. Auch er beruft sich hierfür auf § 401 BGB. Die Anwendung dieser Bestimmung ist jedoch um deswillen nicht unbedenklich, weil die Anwartschaft im Wege des 925 BGB übertragen wird, [415] § 413 den § 401 BGB aber nur auf solche Rechtsübertragungen für anwendbar erklärt, für die das Gesetz keine besonderen Vorschriften bereit hält. Die Koppelung von An-

---

409) § 8 II.

410) Schutz der Forderung des Gläubigers gegen die aus der Verfügungsfreiheit seines Schuldners entspringenden Gefahren; vgl. § 8 I.

411) Vgl. § 8 II a.E.

412) Dazu näher unten § 16 II 1.

413) Verfügungen über die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers, (ungedr.) Tübinger Diss., 1958, S. 108 a.

414) Siehe oben § 8 II.

415) So auch Bosch, a.a.O., S. 87; vgl. weiter Raiser, Anwartschaften, S. 23 mit weiteren Nachweisen in Fußn 57.
KG u. RG hielten zwar die Anwartschaft des Auflassungsempfängers nicht für selbständig übertragbar, sondern konstruierten eine Verfügung des (nichtberechtigten) Auflassungsempfängers über das Eigentum des Veräußerers; auf diese Verfügung wandten sie jedoch auch § 925 BGB an; vgl. dazu Raiser, a.a.O., S. 22 mit Rspr.-Nachweisen in Fußn 55 u. 56.

wartschaftsrecht und Vormerkung erweist sich also auch unter dem Gesichtspunkt der Übertragung der Vormerkung als wenig sinnvoll.

2. § 874 BGB.

Für eine Anwendung des § 874 BGB auf die Vormerkung besteht kein Bedürfnis, da § 885 II BGB die Möglichkeit gibt, zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen, [416] und der gesicherte Anspruch bei der Vormerkung gerade dem Inhalt der dinglichen Rechte entspricht, [417] für die § 874 gilt.

II Die Vorschriften über die Aufhebung von Grundstücksrechten.

1. § 875 BGB; zugleich eine Übersicht über die Gründe des Erlöschens der Vormerkung.

Bevor auf die Frage nach der Anwendbarkeit des § 875 BGB auf die Aufhebung der Vormerkung eingegangen werden kann, ist es erforderlich, sich einen Überblick über die Gründe für das Erlöschen der Vormerkung zu verschaffen. [418] Nur so ist es möglich, den Bereich abzugrenzen, innerhalb dessen § 875 BGB überhaupt zum Zuge kommen könnte. [419]

a) Die gesetzlich geregelten Aufhebungsfälle.

Wie bereits oben [420] bemerkt, hat der Gesetzgeber in §§ 886 und 887 BGB lediglich zwei Fälle der Aufhebung einer Vormerkung ausdrücklich geregelt.

---

416) Vgl. z.B. Biermann, Sachenrecht § 883 Bem 4 c; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 885 Bem 9; Planck - Strecker § 885 Bem 4 b; RGR-Komm (Pritsch) § 874 Bem 2 u. § 885 Bem 18; Staudinger - Seufert § 885 Randn 10.

417) Vgl. dazu oben § 10 I.

418) Dazu a) und b).

419) Über die Anwendbarkeit des § 875 BGB siehe unten c).

420) Vorbemerkung zum 2. Teil.

α) Die Beseitigung der Vormerkung nach § 886 BGB.
§ 886 gibt dem Vormerkungsbetroffenen einen Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung gegen den Gläubiger, wenn dessen Anspruch eine peremptorische Einrede [421] entgegensteht. Nicht geregelt ist, welche Akte der Gläubiger zur Beseitigung der Vormerkung vorzunehmen hat. Genügt seine Verzichterklärung, oder muß darüber hinaus Löschung der Vormerkung im Grundbuch erfolgen ? Es handelt sich hierbei um Fragen, die dem Problemkreis der Anwendbarkeit des § 875 BGB zugehören; sie werden deshalb unter c behandelt.

β) Die Vernichtung der Vormerkung im Wege des Aufgebotsverfahrens (§ 887 BGB).

Der in § 887 BGB geregelte Aufhebungsfall bietet keinen Raum für eine Anwendung des § 875 BGB, denn § 887 S. 2 bestimmt ausdrücklich, daß die "Wirkung der Vormerkung" mit Erlaß des Ausschlußurteils erlischt. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß mit dieser etwas unglücklichen Wendung nichts anderes gemeint ist als der materiellrechtliche Untergang der Vormerkung. [422] Die Bereinigung des Buches kann der Vormerkungsbetroffene im Wege des § 22 GBO erwirken. [423]
Es darf nicht übersehen werden, daß das Ausschlußurteil nur die Vormerkung als solche, nicht aber den ihr zugrunde liegenden Anspruch betrifft. [424]

---

421) Z.B. Einrede der Verjährung (§ 222 I BGB), Einrede des Notbedarfs des Schenkers (§ 519 I BGB), Einrede der Bereicherung im Falle rechtsgrundloser Eingehung einer Verbindlichkeit (§ 821 BGB).
Zu Unrecht nennen Staudinger - Seufert (§ 886 Randn 1) die Erschöpfungseinrede des Erben nach § 1973 BGB, denn der Vorgemerkte wird nach § 1971 S. 2 BGB vom Aufgebotsverfahren überhaupt nicht betroffen; vgl. dazu näher oben § 7 II 1.

422) Dies ergibt sich eindeutig bereits aus Prot. Bd. III, S. 742, 748: Den Beratungen der 2. Kommission lag die Fassung zugrunde "Mit der Ausschließung des Gläubigers erlischt die Vormerkung." Diese Fassung wurde von der Kommission ohne Widerspruch gebilligt.
Vgl. z.B. auch Biermann, Sachenrecht § 887 Bem 4; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 887 Bem 3; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 45; Staudinger - Seufert § 887 Randn 4.

423) Vgl. dazu Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 45 f. und Staudinger - Seufert § 887 Randn 4, von denen auch zutreffend ausgeführt wird, daß es eines Zurückgreifens auf § 894 BGB nicht bedürfe, da das Ausschlußurteil die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung ersetze; insoweit a.A. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 887 Bem 4.

424) Vgl. z.B. Soergel - Baur § 887 Randn 3.

b) Die nicht gesetzlich geregelten Erlöschungsgründe.

α) Untergang des gesicherten Anspruchs.

Bereits oben [425] wurde ausgeführt, daß die Vormerkung wegen ihrer streng akzessorischen Natur mit dem Untergang des gesicherten Anspruchs erlischt. Wann der obligatorische Anspruch untergeht, bestimmt sich nach schuldrechtlichen Grundsätzen. [426] Regelmäßiger Erlöschungsgrund ist die Erfüllung; § 362 I BGB. Hervorzuheben ist, daß der gesicherte Anspruch im Falle einer Auflassungsvormerkung nicht stets schon dann erfüllt ist, wenn das Grundstück dem vorgemerkten Gläubiger übereignet wurde. Der Verkäufer hat dem Käufer nicht das Eigentum schlechthin, sondern nach § 434 BGB lastenfreies Eigentum zu verschaffen. Wurde also das Grundstück nach Eintragung der Vormerkung mit beschränkt-dinglichen Rechten belastet, so besteht die Vormerkung so lange fort, bis die Belastungen beseitigt sind. Dies ist deshalb bedeutsam, weil der Vorgemerkte auf dem einfachen Weg des § 888 I BGB vollständige Lastenfreiheit seines Eigentums erlangen kann. [427]

Da die Vormerkung mit dem Erlöschen des obligatorischen Anspruchs materiellrechtlich untergeht, ist für eine Anwendung des § 875 BGB kein Raum mehr; die durch das "Buchrecht" Betroffenen können allenfalls Grundbuchberichtigung oder Eintragung eines Widerspruchs verlangen. [428]

---

425) § 8 II.

426) Eine ziemlich erschöpfende Darstellung der Gründe für das Erlöschen des schuldrechtlichen Anspruchs gibt Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 13 ff.

427) Vgl. dazu insbes. KGJ 43, 209; RGZ 129, 184 ff., wo trotz erfolgter Übereignung ein Amtswiderspruch gegen die Löschung der Vormerkung für zulässig erklärt wird, weil das Grundstück in der Zeit zwischen Eintragung der Vormerkung und Übereignung mit einer Grundschuld belastet worden war; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 24; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 7 a.
Unzutreffend spricht der RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 39 in derartigen Fällen von einer Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes.

428) Darüber näher unten § 16 I 2 und II 2.

β) Bringt ein Wegfall der materiellen Eintragungsvoraussetzungen die Vormerkung zum Erlöschen ?

aa) Erlischt die Vormerkung durch den Widerruf der Bewilligung des Vormerkungsbetroffenen ?

Der Widerruf der Bewilligung des Schuldners nach § 885 I 1 BGB kann die materiellrechtlich bedeutsame Position des Vorgemerkten genauso wenig zu Fall bringen wie die spätere Aufhebung der Einigung nach § 873 BGB die einmal wirksam erfolgte dingliche Rechtsänderung beeinträchtigen kann. [429]

bb) Erlischt die Vormerkung mit Aufhebung der gerichtlichen Maßnahmen, auf Grund deren sie ins Grundbuch gelangte ?

Das unter aa) für den Wegfall der materiellrechtlich bedeutsamen Eintragungsvoraussetzung bei der bewilligten Vormerkung gewonnene Ergebnis kann nicht unbesehen auf den Parallelfall bei der erzwungenen Vormerkung übertragen werden.
Was die aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils eingetragene Vormerkung anlangt, ergibt sich dies aus § 895 S. 2 ZPO: wird das Urteil durch eine andere vollstreckbare Entscheidung aufgehoben, so erlischt die Vormerkung. Diese eindeutige, auf der Neufassung des § 895 ZPO durch die DVO zum Schiffsgesetz [430] beruhende Regelung hat dem Streit um das Verhältnis der §§ 775 Ziff. 1, 776 S. 1 ZPO zu § 25 GBO ein Ende gesetzt. Überwiegend wurde angenommen, § 25 GBO enthalte eine materiellrechtlich bedeutsame Vorschrift, welche die Vormerkung mit Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils zum Erlöschen bringe, so daß § 776 ZPO

---

429) Vgl. dazu insbes. Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 49 f.

430) VO zur Durchführung des Gesetzes über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 21.12.1940 (RGBl. I, S. 1609), Art. 5 Nr. 17.

nicht mehr zum Zuge komme.[431] Nicht so eindeutig ist die Rechtslage im Falle der Aufhebung der einstweiligen Verfügung, auf der die Vormerkung beruht. Eine dem § 776 S. 1 ZPO entsprechende Vorschrift findet sich im Bereich der einstweiligen Verfügung nicht. Die ganz überwiegende Meinung steht auf dem Standpunkt, die Vormerkung erlösche mit Aufhebung der einstweiligen Verfügung und der § 25 GBO diene nur der Grundbuchberichtigung.[432] Teilweise wird auch hier die Auffassung vertreten, nicht schon die Aufhebung der einstweiligen Verfügung, sondern erst § 25 GBO führe den Untergang der Vormerkung herbei.[433] P l a n c k - S t r e c k e r [434] F u c h s - A r n h e i m [435] und S e k l e r [436] verlangen einen materiellrechtlich relevanten Aufhebungsakt zur Beseitigung der Vormerkung. Der h.M. ist zuzustimmen. Ihre Richtigkeit wird dadurch bestätigt, daß in § 22 Schiffsgesetz [437] ausgesprochen ist, daß eine aufgrund einer einstweiligen Verfügung ins Schiffsregister eingetragene Vormerkung erlischt, wenn die einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben

431) Vgl. in diesem Sinne z.B. Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 58 ff., insbes. 61. A.A. Planck - Strecker § 886 Bem 1 c: § 25 GBO enthält lediglich eine Grundbuchberichtigungsvorschrift; Voraussetzung für ihre Anwendung ist eine Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel durch einen besonderen Aufhebungsakt nach § 776 S. 1 ZPO.

432) KG J 41, 220, 223 (unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des § 25 GBO, aus der sich eindeutig ergebe, daß die Vormerkung bereits mit Aufhebung der einstweiligen Verfügung untergehe); KGJ 43, 206 ff., 207 (passim); KGJ 46, 200 ff., 206 (passim); RGZ 81, 288 ff., 290; Baur, Sachenrecht § 20 V 2 und in Soergel Siebert § 886 Randn 1; Biermann, Sachenrecht § 886 Bem 2 c; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 61; Meikel Imhof - Riedel, Grundbuchrecht § 25 Randn 1; Palandt - Hoche § 886 Bem 1 b, cc; RGR-Komm (Pritsch) § 886 Bem 6; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 7 g; Staudinger - Seufert § 886 Randn 6; Westermann, Sachenrecht § 84 V 2; Wolff - Raiser § 48 Vl 5, insbes. Fußn 43 zu § 48.

433) So insbes. Henke - Mönch - Horber, GBO § 25 Bem 1.

434) § 886 Bem 1 c.

435) Grundbuchrecht, Bd. II § 25 Bem 1.

436) Vormerkung, S. 267.

437) Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 15.11.1940 (RGBl. I, S. 1499).

wird. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber für die schiffsrechtliche Vormerkung eine andere Regelung treffen wollte als für die grundstücksrechtliche.

γ) Geht die Vormerkung infolge ihrer unrechtmäßigen Löschung im Grundbuch unter ?

Da die Vormerkung kein bloßer Buchvermerk ist, sondern für den gesicherten Gläubiger eine bedeutende Verstärkung seiner Rechtsstellung mit sich bringt, wäre es ungerechtfertigt, sie im Falle versehentlicher Löschung im Grundbuch untergehen zu lassen. [438] Demgegenüber fällt das Argument der insbesondere vom KG [439] vertretenen Auffassung nicht ins Gewicht: die Vormerkung entstehe erst mit ihrer Eintragung; ihre buchmäßige Verlautbarung sei unbedingte Voraussetzung für ihre Existenz; verschwinde sie aus dem Grundbuch, so sei nichts mehr vorhanden, woran sich irgendeine Wirkung anknüpfen könnte. Wäre dieser Gedankengang richtig, so müßten folgerichtig alle dinglichen Grundstücksrechte, für deren Entstehen nach § 873 BGB Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist, mit ihrer Löschung - auch der unrechtmäßigen - untergehen. Selbstverständlich ist mit der Verneinung des Untergangs der Vormerkung im Falle ihrer unrechtmäßigen Löschung im Grundbuch noch nichts darüber gesagt, ob ein auf die Richtigkeit des Buchs vertrauender vormerkungswidriger Erwerber nicht durch § 892 BGB geschützt wird; dazu unten § 15 II 2.

---

438) Vgl. in diesem Sinne z.B. RGZ 129, 184; 132, 423; Biermann, Sachenrecht § 886 Bem 2 e (entgegen seiner Auffassung in Widerspruch und Vormerkung, S. 224); Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 885 Bem 10 (selbstverständliche Folge der Auffassung, die Vormerkung sei ein bedingtes Grundstücksrecht; dazu oben § 10 I 1 b); Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 97 ff.; Rheinen, Vormerkung, S. 38 ff., insbes. S. 44; Soergel - Baur § 886 Randn 1; Staudinger - Seufert § 886 Randn 8; Weber, Vormerkung, S. 40 f.; Wolff - Raiser § 48 Fußn 42.

439) KGJ 43, 214. So auch Furthmann, Vormerkung, S. 27 f.; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht, S. 285; Heinrich, Vormerkung, S. 220; Kretzschmar, Sachenrecht § 894 Bem IV 2; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 7 b α .

δ) **Erlischt die Vormerkung, wenn sie mit dem vorgemerkten Recht in einer Person zusammentrifft ?**

Es wurde wiederholt [440] ausgeführt, daß die Vormerkung wegen ihrer akzessorischen Natur untergeht, wenn der ihr zugrunde liegende obligatorische Anspruch erlischt. Damit ist für eine Erörterung der Anwendbarkeit des § 889 BGB auf die Vormerkung kein Raum, denn immer, wenn Vormerkung und vorgemerktes Recht in einer Person zusammentreffen, vereinigen sich auch Schuld und Forderung mit der Folge des Untergangs des gesicherten Anspruchs. [441] Das können auch die Vertreter der Auffassung, die Vormerkung sei ein dingliches akzessorisches Sicherungsrecht, nicht leugnen. [442] Dagegen gelangen O t h m e r [443] und F u c h s [444] aufgrund ihrer Auffassung von der Rechtsnatur der Vormerkung - (bedingt) dingliches Recht - zur Anwendbarkeit des § 889 BGB. O t h m e r [445] bejaht folgerichtig auch die Frage, ob sich eine Hypothekenvormerkung in eine Eigentümerhypothek verwandeln könne, wenn die gesicherte Forderung vor Eintragung der endgültigen Hypothek erlischt; [446] F u c h s [447] sieht sich - von

---

440) Vgl. § 8 II und oben α .

441) So die ganz h.M.; vgl. z.B. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 180 und Sachenrecht § 883 Bem 4 c; Erman - Westermann § 883 Bem 2; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 38 f.; Kretzschmar, Sachenrecht § 886 Bem 3; Maenner, Sachenrecht, S. 80; Planck - Strecker § 883 Bem 3 i; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 105; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 39; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem 2 d η ; Soergel - Baur § 889 Randn 1; Staudinger - Seufert § 883 Randn 47; Wolff - Raiser § 48 VII 1.

442) Vgl. etwa Sekler, Vormerkung, S. 134 f., der an sich keine Bedenken gegen eine Anwendung des § 889 BGB hegt, aber wegen der strengen Akzessorietät der Vormerkung zu dem Ergebnis gelangt, die Vorschrift habe keine praktische Bedeutung.

443) Vormerkung, S. 94.

444) Zur Lehre von der Vormerkung, LZ 1914, Sp. 12.

445) A.a.O.

446) So im Ergebnis auch Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903, S. 107 und Bruck, Die Eigentümerhypothek, Jena 1903, S. 170 ff. Zwar sehen sie von einer Gleichstellung von Hypothekenvormerkung und Hypothek ab, meinen aber, die Hypothekenvormerkung sichere den Vorgemerkten gegen das Vordringen nachstehender Hypothekengläubiger; es sei kein Grund ersichtlich, der dagegen spreche, diese Position dem Eigentümer im Wege einer Eigentümerhypothek zu erhalten.
Ähnlich Heck, Sachenrecht § 47 III 11.

447) Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 9 und § 886 Bem 4.

seinem Standpunkt aus inkonsequent - in dieser Folgerung durch die §§ 886 und 887 BGB gehindert, die zum Ausdruck brächten, daß die Vormerkung im Falle ihrer Aufhebung stets vorbehaltlos erlösche.
Sieht man in der Vormerkung lediglich einen um den obligatorischen Anspruch gelegten Schutzmantel mit gewissen dinglichen Wirkungen, der ihrem Inhaber keine positiven dinglichen Befugnisse verleiht, so kann kaum zweifelhaft sein, daß sie nicht Grundlage einer Eigentümerhypothek sein kann. Der Vormerkungsbetroffene kann nicht mehr erhalten als der Vorgemerkte hatte, also keine unmittelbare Befriedigungsbefugnis an seinem Grundstück. [448]

c) Findet auf die freiwillige Aufhebung der Vormerkung § 875 BGB Anwendung ?

Die Vormerkung ist zwar kein volldingliches Recht, stattet aber den gesicherten Anspruch mit (dinglicher) Drittwirkung aus. Da keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestanden, § 873 BGB auf die freiwillige Einräumung dieser Position anzuwenden - nur die Spezialvorschrift des § 885 BGB stand dem entgegen - ist es nur konsequent, auf ihre freiwillige Aufhebung grundsätzlich den § 875 BGB anzuwenden. [449]
Zutreffend hebt S c h ö n f e l d [450] hervor, daß eine einheitliche Lösung der Vormerkungsprobleme im Verfügungsbereich wünschenswert sei. [451]
Allerdings darf nicht übersehen werden, daß § 875 BGB nur

---

448) So im Ergebnis die ganz h.M.; vgl. z.B. RGZ 65, 260; KGJ 25, 170; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 196 f. und Sachenrecht § 883 Bem 5 g; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 8 f.; Heinrich, Vormerkung, S. 211; Planck - Strecker § 883 Bem 3 n; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 40; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 b; Soergel - Baur § 886 Randn 2; Staudinger - Seufert § 883 Randn 65 (mit weiteren Nachweisen).

449) A.A. z.B. Biermann, Sachenrecht § 886 Bem 2 b und Widerspruch und Vormerkung, S. 221 (konsequent von seinem Standpunkt, die Vormerkung sei nur ein Grundbuchvermerk).

450) Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, JZ 1959, 140.

451) Dies wird im RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 39 völlig verkannt, wo behauptet wird, die für die Aufhebung von Schuldverhältnissen geltenden Vorschriften seien auf die Aufhebung der Vormerkung entsprechend anzuwenden.

die Aufhebung von Rechten an Grundstücken, nicht aber die Aufhebung von Rechten an solchen Rechten behandelt; insoweit genügt einfache Verzichterklärung, [452] ohne daß es der Löschung im Grundbuch bedürfte. Obwohl die Vormerkung ein einheitliches, sozusagen allen dinglichen Rechten an Grundstücken vor die Klammer gezogenes Institut ist, bestimmt sich doch ihre Reichweite nach dem vorgemerkten Recht; insbesondere ist die relative Unwirksamkeit der ihr zuwiderlaufenden Verfügungen gegenständlich beschränkt entsprechend dem Umfang des hinter ihr stehenden Rechts. [453] Diese Parallelität zwischen Vormerkung und vorgemerktem Recht zwingt zu einer Gleichstellung in den Aufhebungsfällen: genügt für die Aufhebung des vorgemerkten Rechts der einfache Verzicht, so kann für die auf dieses Recht gerichtete Vormerkung nichts anderes gelten. [454]

2. § 876 BGB.

Nach § 876 S. 1 BGB ist zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück, das mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Bestimmung will verhindern, daß der Dritte ohne seinen Willen einen Rechtsverlust erleidet, insbesondere seine Befriedigungsmöglichkeit aus der Belastung verliert. [455]

Bei der Erörterung des Anwendungsbereichs des § 876 BGB im Recht der Vormerkung sind drei Fallgruppen zu unterscheiden:

---

452) Vgl. §§ 1072, 1064 BGB (Nießbrauch an einem Recht) und §§ 1273 II 1, 1255 I BGB (Pfandrecht an einem Recht).

453) Siehe oben § 4 I 1.

454) So die h.M.; vgl. z.B. Palandt - Hoche § 886 Bem 1 b, aa; Planck - Strecker § 886 Bem 1 b; Rheinen, Vormerkung, S. 44 ff., insbes. S. 47; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 7 b β (allerdings sehr zurückhaltend); Sekler, Vormerkung, S. 273; Staudinger - Seufert § 886 Randn 9; Westermann, Sachenrecht § 84 V 2.
A.A. Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 65 f. und Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 25 Randn 24: § 875 ist auf die Aufhebung aller Vormerkungen anwendbar.

455) Vgl. zum Normzweck des § 876 Baur, Sachenrecht § 19 D II 3 und in Soergel - Siebert § 876 Randn 1; Westermann, Sachenrecht § 79, 1.

1. Ein beschränkt dingliches Recht ist von einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung dieses Rechts betroffen. Ist zur wirksamen Aufhebung des Rechts Zustimmung des Vorgemerkten erforderlich ? (Darüber unten a).
2. Der durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch ist mit dem Recht eines Dritten belastet. Ist zur Aufhebung der Vormerkung die Zustimmung des Dritten erforderlich ? (Darüber unten b).
3. Muß der Inhaber eines Rechts an einem Grundstücksrecht bereits der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung des Grundstücksrechts oder erst der endgültigen Aufhebung dieses Rechts zustimmen ? (Darüber unten c).

a) Anwendbarkeit zugunsten des Vorgemerkten, wenn das vorgemerkte Recht aufgehoben wird ?

Die Lösung des Problems hängt eng mit der Reichweite der Sicherungswirkung der Vormerkung zusammen. Vergegenwärtigt man sich den Wortlaut des § 883 II BGB, wo schlechthin von Verfügungen über das vormerkungsbetroffene Recht die Rede ist, so müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß auch die Aufhebung des Rechts, die zweifellos eine Verfügung darstellt, dem Vorgemerkten gegenüber relativ unwirksam ist. [456] Dieser wäre damit hinreichend geschützt, so daß für eine Anwendung des § 876 kein Bedürfnis bestünde.
Trotz dieser vom Gesetzeswortlaut nahegelegten Lösung befürwortet die überwiegende Ansicht eine entsprechende Anwendung des § 876 BGB im Falle der Aufhebung des vorgemerkten Rechts. [457] Am ausführlichsten hat das KG [458] diese Auffassung begründet. Das Gericht geht davon aus, die Vormer-

---

456) Über das Wesen der relativen Unwirksamkeit vgl. oben § 4 I 2 a und c.

457) KG JFG 9, 218 ff.; Bendix, Vormerkung, Gruch Beitr 49, 514; Erman - Westermann § 883 Bem 10; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 34 (Fußn 69); Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 25 Randn 20; Othmer, Vormerkung, S. 94 f. (folgerichtig, wenn man Vormerkung als volldingliches Recht ansieht); Palandt - Hoche § 876 Bem 3 c und § 885 Bem 5 c; Planck - Strecker § 883 Bem 3 g; Predari, Grundbuchordnung, S. 112 f.; Soergel - Baur § 883 Randn 25; Staudinger - Seufert § 883 Randn 45; Westermann, Sachenrecht § 84 IV 1.

458) A.a.O.

kung erlösche endgültig, wenn das Recht, auf das sie sich erstrecke, durch Löschung im Grundbuch untergehe; denn es sei dann nichts mehr vorhanden, worauf sich die Vormerkung beziehen könne. Nur wenn das Recht trotz der Löschung nicht untergegangen sei, sondern fortbestehe, behalte die Vormerkung gegenüber diesem außerhalb des Grundbuchs fortbestehenden Rechte ihre Wirkung, und der durch sie gesicherte Anspruch könne dann durch die entsprechende rechtsändernde Eintragung dadurch verwirklicht werden, daß zuvor im Wege der Grundbuchberichtigung die Wiedereintragung des gelöschten Rechtes herbeigeführt werde. Das Erlöschen des vormerkungsbetroffenen Rechts könne aber nur verhindert werden, wenn man zu seiner Aufhebung Zustimmung des Vorgemerkten in entsprechender Anwendung des § 876 BGB verlange. Daß dies auch der Standpunkt des Gesetzes sei, ergebe sich aus der Fassung des § 888 I BGB. Diese Bestimmung gewähre dem Vormerkungsberechtigten nur gegen den Erwerber des Rechts, dessen Erwerb gegenüber der Vormerkung unwirksam sei, einen Anspruch auf Zustimmung zu der Eintragung, welche zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs erforderlich sei. Nicht dagegen verpflichte sie auch den Grundstückseigentümer zur Zustimmung zur Wiedereintragung des gelöschten Rechts.

Einig sollte man sich darüber sein, daß die Vormerkung - außer in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ihrer zwangsweisen Aufhebung - [459] nicht ohne Willen ihres Inhabers zum Erlöschen gebracht werden kann. Weiter sollte man von dem Grundsatz relativer Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen, den der Gesetzgeber ganz bewußt geschaffen hat, um den Rechtsverkehr möglichst wenig zu beeinträchtigen, [460] nur abgehen, wenn dazu ein unumgänglicher Anlaß nötigt. Ein solcher ist aber bei der Aufhebung des vormerkungsbetroffenen Rechts nicht gegeben. Die Behauptung des KG, [461] die Vormerkung erlösche, wenn das von ihr betroffene Recht aufgehoben werde, ist eine petitio principii, der - wie bereits

459) Dazu oben II 1 a, β u. b, β, bb.

460) Vgl. dazu oben § 4 I 2 c.

461) A.a.O.

bemerkt - der Wortlaut des § 883 II entgegensteht.
Auch das in der Literatur öfter vorgebrachte Argument, die Vormerkung könne nicht besser stehen als das endgültige Recht, dessen Erlöschen nur durch § 876 BGB verhindert werde, [462] vermag nicht zu überzeugen. Denn die Vormerkungswirkungen sind eben durch § 883 II BGB technisch anders ausgestaltet als die Drittwirkung der dinglichen Rechte. [463] Dem volldinglich Berechtigten wird Schutz gegen rechtliche Vorgänge in Gestalt des Sukzessionsschutzes gewährt; da dieser nur dann durchgreift, wenn der belastete Gegenstand in die Rechtzuständigkeit eines anderen überwechselt, nicht aber, wenn jegliche Rechtszuständigkeit wegen seines Untergangs aufhört, war die Vorschrift des § 876 BGB vonnöten. Dagegen verhindert die Drittwirkung der Vormerkung, genauso wie sie einen Wechsel in der Rechtszuständigkeit des betroffenen Gegenstandes - jedenfalls im Verhältnis zum Vorgemerkten - gar nicht erst zuläßt, den Untergang des von ihr betroffenen Rechts. [464]
Dem Wortlaut des § 888 I BGB, der nur von der Zustimmung des vormerkungswidrigen E r w e r b e r s zu der Eintragung, die zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs erforderlich ist, spricht, sollte keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Es kann kaum angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit dieser Fassung bewußt den für das Vormerkungsrecht charakteristischen Grundsatz des § 883 II durchbrechen wollte; näher liegt die Vermutung, daß bei der redaktionellen Fassung der Bestimmung nur an den wichtigsten Fall der vormerkungswidrigen Verfügungen, die Veräußerung des vorgemerkten Rechts, gedacht wurde. Bevor man am Grundsatz der relativen Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen rüttelt, sollte man deshalb den § 888 I sachgemäß dahingehend auslegen, daß er dem Vorgemerkten im Falle der Löschung des vormerkungsbetroffenen Rechts einen Anspruch auf Wiedereintragung gegen den Grundstückseigentümer verschafft. Daß bei einem derartigen Verfahren buchrechtliche

462) Vgl. in diesem Sinne besonders deutlich Predari, Grundbuchordnung, S. 112.

463) Vgl. § 10 II 2.

464) Beachte den oben § 4 II 2 b behandelten Ausnahmefall der Rückzahlung der Hypothekenforderung.

Verwirrung entstehe, wie W e s t e r m a n n [465] befürchtet, kann nicht zugegeben werden, denn die Vormerkung bleibt trotz Löschung des von ihr betroffenen Rechts im Grundbuch und bringt eindeutig zum Ausdruck, daß die Löschung nicht endgültig ist.
Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß keine Veranlassung besteht, im Falle der Aufhebung des vorgemerkten Rechts vom Grundsatz der relativen Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen abzugehen. Eine Anwendung des § 876 BGB zugunsten des Vorgemerkten kommt deshalb nicht in Betracht. [466]

b) Anwendbarkeit zugunsten des Inhabers eines Rechts an einem vormerkungsgesicherten Anspruch, wenn die Vormerkung aufgehoben wird ?

Da die Vormerkung ein u n s e l b s t ä n d i g e r , um den obligatorischen Anspruch gelegter dinglicher Schutzmantel ist, der insbesondere nicht selbständig übertragen werden kann, kann sie als solche nicht Gegenstand einer Belastung sein. [467] Denkbar ist vielmehr nur eine Belastung des vormerkungsgesicherten schuldrechtlichen Anspruchs. Soll dieser aufgehoben werden, so ergibt sich das Erfordernis der Zustimmung des Belastungsinhabers nicht aus § 876 BGB, sondern im Falle eines Pfandrechts aus § 1276 und im Falle eines Nießbrauchs aus § 1071 BGB. Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn der aufzuhebende Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist. [468] Eine andere Frage ist

---

465) Erman - Westermann § 883 Bem 10.

466) So auch Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 208 und Sachenrecht § 886 Bem 2 b; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht, S. 277 (Fußn 32 zu § 41); Oberneck, Grundbuchrecht, Bd. I, S. 445; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 121; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem IV 1 h u. V 2 d β ; Sckler, Vormerkung, S. 131; Wolff - Raiser § 48 Fußn 27.

467) Nur übertragbare Rechte können Gegenstand eines Pfandrechts (§ 1274 II BGB) und eines Nießbrauchs (§ 1069 II BGB) sein; vgl. dazu auch Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung, S. 47; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 51; Staudinger - Seufert § 873 Randn 73.

468) Vgl. z.B. Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung, S. 47; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 51, Fußn 2.

die, ob der Nießbraucher oder Pfandgläubiger des vormerkungsgesicherten Anspruchs auch der Aufhebung nur der Vormerkung zustimmen muß. Jedenfalls kann auch hier § 876 BGB nicht zur Anwendung kommen; hierzu wäre Voraussetzung, daß die Vormerkung als solche Gegenstand der Belastung ist. §§ 1071 I bzw. 1276 I BGB können aus demselben Grunde keine Anwendung finden. Allenfalls wäre an eine Anwendung des jeweiligen Absatz 2 dieser Bestimmungen zu denken. (Änderung des Rechts, die den Nießbrauch bzw. das Pfandrecht beeinträchtigt). Zwar ist auch hier in erster Linie an Änderungen des belasteten Rechts als solchen gedacht; [469] hält man sich aber vor Augen, welche Verstärkung der Rechtsposition des gesicherten Gläubigers eine Vormerkung mit sich bringt, und bedenkt man weiter, daß insbesondere dem Nießbraucher, [470] aber auch dem Pfandgläubiger [471] diese verbesserte Position des Inhabers des belasteten Rechts zugute kommt, so kann an der Anwendung der §§ 1071 II, 1276 II BGB zu ihren Gunsten im Falle der Aufhebung der Vormerkung kein Zweifel bestehen. [472] Da die Aufhebung der Vormerkung im Wege des § 875 BGB - Aufgabeerklärung und Löschung im Grundbuch - erfolgt, [473] kann die Zustimmung des Nießbrauchers bzw. Pfandgläubigers nach §§ 1071 I 3, 1276 I 3, 876 S. 3 auch gegenüber dem Grundbuchamt erklärt werden. Erfolgt die Aufhebung der Vormerkung ohne Zustimmung des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers, so ist sie unwirksam.

---

469) Vgl. z.B. Planck - Brodmann § 1071 Bem 3.

470) Er hat nach § 1070 BGB grundsätzlich dieselbe Stellung wie der Inhaber des belasteten Rechts; deshalb muß angenommen werden, daß vormerkungswidrige Verfügungen über den Gegenstand des Leistungsanspruchs auch ihm gegenüber relativ unwirksam sind.

471) Einziehungsbefugnis nach § 1282 BGB; auch zu seinen Gunsten treten deshalb die Schutzwirkungen der Vormerkung ein.

472) Die Literatur schweigt zu dieser Frage.

473) Vgl. oben 1 c.

c) Anwendbarkeit zugunsten des Inhabers eines Rechts an einem Grundstücksrecht im Falle der Eintragung einer das Grundstücksrecht betreffenden Löschungsvormerkung ?

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob und inwieweit der Inhaber der Belastung bereits durch die Eintragung der Löschungsvormerkung eine Beeinträchtigung seiner Rechtsposition erleidet. Wie die Untersuchung ihrer Rechtsnatur ergab, [474] führt die Vormerkung die vom gesicherten Gläubiger beanspruchte Änderung der dinglichen Rechtslage weder unbedingt noch bedingt herbei; sie hat lediglich konservatorische Wirkung, dient sozusagen der Erhaltung des dinglichen status quo. Für die vorliegende Frage bedeutet das: das Grundstücksrecht wird durch die Löschungsvormerkung in seinem Bestand nicht beeinträchtigt, und der Inhaber der Belastung kann infolgedessen nach wie vor ungestört seine Herrschaftsbefugnisse ausüben. Daß das vormerkungsbetroffene Recht mit Wirkung gegenüber dem Vorgemerkten nicht mehr übertragen werden kann, schadet ihm nicht, denn selbst die umfassendste Belastung, der Nießbrauch, gewährt dem Berechtigten nicht die Befugnis, den Gegenstand seines Rechts zu veräußern. [475] Auch wenn eine die Vollwirkung der Vormerkung auslösende Situation eintritt, ist der Rechtsinhaber nicht gefährdet: in der Zwangsversteigerung vermag eine Löschungsvormerkung ohnehin keine Wirkungen zu äußern; [476] im Konkurs behält sie zwar ihre Wirkung, führt aber keineswegs den unmittelbaren Untergang des betroffenen Rechts herbei, sondern erhält lediglich die Möglichkeit der Befriedigung des nunmehr gegen den Konkursverwalter gerichteten obligatorischen Aufhebungsanspruchs. [477] Erst die Erfüllung dieses Anspruchs stellt den die Anwendung des § 876 BGB rechtfertigenden Vorgang dar.

Als Ergebnis bleibt demnach festzuhalten, daß unter keinem

---

474) § 10 I 1 a.

475) Vgl. zu den Befugnissen des Nießbrauchers §§ 1070, 1072 ff. BGB.

476) Siehe dazu oben § 6 III.

477) Genauso wenig wie sich die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechts im Konkurs ipso jure in dieses Recht verwandelt, führt eine Löschungsvormerkung den Untergang des betroffenen Rechts herbei; zum Wesen der Vollwirkung im Konkurs vgl. näher oben § 6 I und § 10 III.

denkbaren Gesichtspunkt Veranlassung besteht, die Anwendung des § 876 BGB zugunsten des Belastungsinhabers auf den Zeitpunkt der Eintragung der Löschungsvormerkung vorzuverlagern. [478]

III Die Vorschrift des § 877 BGB über die inhaltliche Änderung von Rechten an Grundstücken.

Auch bei der Untersuchung der Anwendbarkeit des § 877 BGB auf die Vormerkung empfiehlt sich eine Rückbesinnung auf das Grundsätzliche: Den inhaltlichen Herrschaftsbefugnissen der dinglichen Rechte entspricht bei der Vormerkung der gesicherte schuldrechtliche Anspruch; nur in den Drittwirkungen kann sie mit den dinglichen Rechten auf eine Ebene gestellt werden. [479] Demgemäß sind im Vormerkungsbereich zwei Arten von Rechtsänderungen denkbar: einmal des obligatorischen Anspruchs (dazu unten 1) und zum anderen der Vormerkung als solcher (dazu unten 2).

1. Änderungen des gesicherten Anspruchs.

Inhaltliche Änderungen von Schuldverhältnissen erfolgen durch Vertrag (§ 305 BGB). Dieser Grundsatz wird nicht dadurch berührt, daß zur Sicherung des abzuändernden Anspruchs eine Vormerkung ins Grundbuch eingetragen ist. [480] Schuldner und gesicherter Gläubiger können also z.B. formlos vereinbaren, daß statt der zunächst vorgesehenen und vorgemerkten Hypothek von

---

478) So die ganz h.M.; vgl. z.B. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 151 und Sachenrecht § 885 Bem 2; Planck - Strecker § 885 Bem 2 b α ; RGR-Komm (Pritsch) § 885 Bem 13; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem II 1 b u. § 885 Bem I 4; Sekler, Vormerkung, S. 38 f.; Staudinger - Seufert § 885 Randn 8. Auch Fuchs (Grundbuchrecht, Bd. I § 885 Bem 4) steht auf diesem Standpunkt, was sich schwer in Einklang mit seiner Auffassung bringen läßt, durch die Vormerkung werde die gewünschte dingliche Rechtsänderung bereits aufschiebend bedingt herbeigeführt (vgl. dazu oben § 10 I 1 b). Othmer, Vormerkung, nimmt zu dem Problem nicht ausdrücklich Stellung, müßte aber zwangsläufig zur Anwendbarkeit des § 876 gelangen, da er die dingliche Rechtsänderung mit der Eintragung der Vormerkung als vollendet ansieht (vgl. oben § 10 I 1 a).

479) Vgl. dazu oben § 10 II 2.

480) Siehe dazu z.B. KG DtNotZ 1930, 109 ff. (110) = HRR 1929 Nr. 2079; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 36; Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 25 Randn 32; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 36 ("Die inhaltliche Modifikation eines vorgemerkten Anspruches ist durchaus ein Problem des Obligationenrechtes; sie ist demnach zu erörtern unabhängig davon, ob für den in Frage befangenen Anspruch eine Vormerkung besteht oder nicht."); Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d γ; Staudinger - Seufert § 883 Randn 72.

10 000.-- DM eine solche von 8000.-- oder 12 000.-- DM bestellt werden soll; in gleicher Weise ist etwa die Änderung eines Anspruchs auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit möglich (statt nur Übergangsrecht auch Überfahrtsrecht) usw.
Eine ganz andere Frage ist, ob und inwieweit sich die Vormerkung der Anspruchsänderung anpaßt, also zu einer Vormerkung der nunmehr vorgesehenen Rechtsänderung wird.
Betrachten wir zunächst die Fälle, in denen die Qualität des gesicherten Anspruchs durch die Änderung nicht berührt, sondern dieser lediglich in seiner Höhe herabgesetzt wird (statt Hypothek von 10 000.-- DM eine solche von 8000.-- DM). Wegen ihrer strengen Akzessorietät [481] steht zunächst einmal fest, daß die Vormerkung nicht mehr auf eine Hypothek von 10 000.-- DM gerichtet ist; das Grundbuch wird also unrichtig. Eine weitere Frage ist, ob sich die Vormerkung ipso jure in eine solche für eine Hypothek von 8000.-- DM verwandelt, oder ob sie vollständig untergeht. Für die Beantwortung der Frage im letzteren Sinne besteht keine Veranlassung. Die volldinglichen akzessorischen Sicherungsrechte - Fahrnispfand und Hypothek - passen sich im Falle der Ermäßigung der gesicherten Forderung ohne weiteres der neuen Situation an, [482] und es ist kein Grund ersichtlich, der für eine abweichende Behandlung der Vormerkung spricht. Es bedarf also keiner Neubestellung der Vormerkung; es besteht nur Raum für eine Berichtigung des Grundbuchs. [483]
Bei konsequenter Weiterverfolgung des Akzessorietätsgrundsatzes müßte man im umgekehrten Fall (statt Hypothek von 10 000.-- eine solche von 12 000.-- DM) zum selben Ergebnis gelangen: Entstehen einer der neuen Lage angepaßten Hypothekenvormerkung; bloße Berichtigungsfunktion eines eventuellen Buchakts. Dem stünde zwar nicht der in §§ 1210 I 2 und 767 I 3 BGB ausgesprochene Rechtsgedanke - keine Erweiterung der Haftung des Sicherungsgebers ohne seinen Willen - entgegen, denn beide Beteiligte,

---

481) Vgl. oben § 8 II.

482) Zum Fahrnispfand vgl. § 1210 BGB, zur Hypothek § 1163 I 2 BGB, der das Entstehen einer Eigentümerhypothek auch insoweit anordnet, als die Forderung nur teilweise erlischt.
Die entsprechende Vorschrift für die Bürgschaft findet sich in § 767 I BGB.

483) Vgl. dazu die oben Fußn 480 Genannten.

Schuldner und vorgemerkter Gläubiger, sind mit der Erweiterung der Verbindlichkeit und in der Regel auch der Vormerkung einverstanden; aber genauso wenig wie eine Vormerkung ohne Bewilligung bzw. einstweilige Verfügung und Eintragung ins Grundbuch entstehen kann, kann sie ohne diese Rechtsakte in ihrem Umfang erweitert werden. Wollen also die Beteiligten die Vormerkung dem neuen Umfang des gesicherten Anspruchs anpassen, so bedarf es dazu eines außerhalb des obligatorischen, im dinglichen Bereich der Vormerkung liegenden Akts. Umstritten ist nun, ob sich dieser in den Bahnen des § 877 [484] oder des § 885 BGB [485] vollziehen muß. Die Anwendung des § 885 verdient auch in den Fällen der Erweiterung des Vormerkungsschutzes den Vorzug, denn einmal gewährleistet sie eine einheitliche Behandlung aller Vormerkungen - dem § 877 BGB würde nur die Änderung der auf Rechte an Grundstücken gerichteten Vormerkungen unterfallen -, [486] und zum anderen ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger nicht zwangsweise die Erweiterung seines Vormerkungsschutzes sollte herbeiführen können, was ihm nur § 885, nicht aber § 877 BGB ermöglicht. [487] Aus diesen Gründen ist § 885 auch auf die übrigen Fälle der Umgestaltung der Vormerkung infolge Änderung des obligatorischen Anspruchs anwendbar: Vormerkung einer Sicherungshypothek statt einer gewöhnlichen Hypothekenvormerkung und umgekehrt, Grundschuldvormerkung statt Hypothekenvormerkung und umgekehrt, Rentenschuldvormerkung statt Grundschuldvormerkung und umgekehrt. [488]

---

484) So z.B. Erman - Westermann § 883 Bem 17; Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 25 Randn 32.

485) So z.B. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 17; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 42 f.; Westermann, Sachenrecht § 84 V 1; anscheinend auch Staudinger - Seufert § 883 Randn 72, die sich auf Reichel, a.a.O. berufen.

486) Nicht dagegen die Änderung der Vormerkung eines Rechts an einem Grundstücksrecht; es könnte hier nicht anders entschieden werden als in der Frage nach der Anwendbarkeit des § 875 BGB auf die Aufhebung der Vormerkung; vgl. zum letzteren oben II 1 c.

487) Selbstverständlich müssen die Inhaber von im Range nachstehenden Rechten der Erweiterung der Vormerkung zustimmen.

488) Vgl. zu diesen praktisch bedeutsamen Fällen Reichel, Umschreibung der Vormerkung S. 38 f., der zutreffend den in §§ 1186, 1198, 1203 BGB enthaltenen Rechtsgedanken auf die Vormerkungen der dort genannten Rechte ausdehnt.

2. Änderungen der Vormerkung als solcher.

Die unter 1 genannten Änderungen der Vormerkung waren solche, die den Wesensgehalt des Instituts unangetastet ließen. R e i c h e l [489] hält daneben Änderungen der Vormerkung für möglich, die nicht in einer Anpassung an den modifizierten schuldrechtlichen Anspruch bestehen, sondern die Wirkungen der Vormerkung als solche betreffen. Er nennt den Verzicht auf die Vollwirkung in der Zwangsversteigerung und auf die erbrechtliche Wirkung und sagt dann ausdrücklich, damit dürfte der Kreis verzichtbarer Befugnisse des Vorgemerkten geschlossen sein. [490] Daß R e i c h e l überhaupt den Verzicht auf gewisse Vormerkungswirkungen als möglich ansieht, muß Bedenken hervorrufen. Das Argument, es könne auch auf den Vormerkungsschutz in seiner Gesamtheit, also auf die Vormerkung verzichtet werden, vermag nicht zu überzeugen. Denn auch auf eine Hypothek kann man verzichten; ein genereller Verzicht auf die aus der Hypothek fließende Befriedigungsmöglichkeit ist gleichwohl ausgeschlossen, da er das Wesen des Grundpfandrechts so verändern würde, daß man nicht mehr von einem Rechtsinstitut i.S. der §§ 1113 ff. BGB sprechen könnte. Wie fragwürdig die Auffassung R e i c h e l s ist, zeigt auch die willkürliche Beschränkung der Verzichtmöglichkeit. Wenn man schon einen Verzicht auf Vormerkungswirkungen zuläßt, warum dann nicht auf alle, also auch die Sicherungswirkung und die Vollwirkung im Konkurs ? R e i c h e l selbst vermag keinen Grund für die unterschiedliche Behandlung der Vormerkungswirkungen anzuführen. In Wahrheit ist ein Generalverzicht auf jede einzelne Vormerkungswirkung geeignet, das Institut zu denaturieren. Der generelle Verzicht auf eine oder mehrere Vormerkungswirkungen läuft deshalb dem im Sachenrecht herrschenden Typenzwang zuwider und ist unmöglich. [491] Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 877 BGB kann also gar nicht erst auftauchen.

---

489) Umschreibung der Vormerkung, S. 48 ff.

490) A.a.O., S. 49.

491) Selbstverständlich bleibt es dem Vorgemerkten unbenommen, auf einzelne Vormerkungswirkungen im konkreten Fall zu verzichten, z.B. auf den Erfüllungsanspruch gegenüber dem Konkursverwalter; auch kann er natürlich vormerkungswidrige Verfügungen genehmigen und damit ihre relative Unwirksamkeit beseitigen; vgl. dazu oben § 4 I 2 a.

§ 14

Die Schutzvorschrift des § 878 BGB.

I Der Normzweck des § 878 BGB.

Eine Untersuchung der Anwendbarkeit des § 878 BGB auf die Vormerkung wird erst dann sinnvoll, wenn man sich über den Zweck dieser Vorschrift Klarheit verschafft hat. Die Bestimmung will den durch eine dingliche Rechtsänderung Begünstigten vor einer mit dem Eintragungsgrundsatz verbundenen Gefahr schützen: Nach Stellung des Eintragungsantrags haben die Beteiligten alles in ihrer Macht liegende getan, was für die Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlich ist; die Vornahme des Buchakts liegt in Händen des Grundbuchamts und kann sich - etwa wegen Arbeitsüberlastung dieser Behörde - beträchtlich verzögern. Während dieser Zeit kann sich der Verpflichtete nicht nur selbst der für die Rechtsänderung erforderlichen Rechtsmacht entäußern, sondern es können auch Tatsachen eintreten, aufgrund deren er zwar keinen Rechtsverlust erleidet, aber gleichwohl die Möglichkeit verliert, die beabsichtigte Verfügung vorzunehmen.[492] Über derartige Verfügungsbeschränkungen, die an sich die Vollendung der Rechtsänderung unmöglich machen würden, hilft § 878 BGB dem Gläubiger hinweg; die Verfügungsbeschränkung kann seinen Rechtserwerb nicht mehr hindern.[493] Aus der Bezugnahme des § 878 auf die §§ 873, 875 und 877 BGB ergibt sich, daß die Bestimmung nur den Begünstigten einer auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsänderung schützen will, nicht aber dem Erwerber kraft Vollstreckungsakts zugute kommen soll.[494] Eine nur scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz stellt die Anwendung des § 878 im Falle rechtskräftiger

---

492) Z.B. durch Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (vgl. § 15 S. 2 KO, der § 878 BGB ausdrücklich für anwendbar erklärt) oder den Erlaß behördlicher Veräußerungsverbote nach §§ 136, 135 BGB.
Daß die Vormerkung selbst keine Verfügungsbeschränkung i.S. des § 878 BGB darstellt, wurde bereits oben § 11 II 2 a ausgeführt.

493) Vgl. dazu Mot. Bd. III, S. 190, 192 f.; Planck - Strecker § 878 Bem 1; Schönfeld, Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher

Verurteilung des Schuldners zur Vornahme einer dinglichen Rechtsänderung dar, denn in § 894 ZPO wird die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung im Wege der Fiktion der freiwilligen Abgabe der Erklärung gleichgestellt. [495] Damit ist die durch einstweilige Verfügung erzwungene Vormerkung aus der weiteren Betrachtung ausgeschieden. [496]

II Ist § 878 BGB auf die Bewilligung der Vormerkung anwendbar ?

Anläßlich der Untersuchung der Anwendbarkeit des § 873 BGB auf die Bewilligung der Vormerkung wurde ausgeführt, [497] daß diese Vorschrift nichts anderes enthält als eine dem vom Eintragungsgrundsatz beherrschten Grundstücksrecht entsprechende Modifizierung des in § 413 BGB enthaltenen Rechtsgedankens. Auch die§§ 875 und 877 BGB regeln nicht die Ausgestaltung der aus den einzelnen dinglichen Rechten fließenden Befugnisse, sondern enthalten Spezialvorschriften [498] für grundstücksrechtliche Bewegungsvorgänge. [499] In diesen Kreis von Bestimmungen mit verfügungsrechtlichem Gehalt gehört auch § 878 BGB. Da sich die Bestellung der Vormerkung in den Bahnen des materiellen [500] und formellen [501] Grundstücksrechts vollzieht und dem Betroffenen einen Verlust, dem Begünstigten einen Zuwachs von Rechts-

---

noch

493) Glaube des Grundbuchs, JZ 1959, 141.

494) So die ganz einhellige Auffassung im Schrifttum; aus der Rspr. vgl. KGJ 39, 167 (= RJA 10, 232); RGZ 84, 280 und neuerdings mit sorgfältiger Begründung BGHZ 9, 250 ff.

495) Vgl. dazu BGH, a.a.O., S. 252.

496) Nicht dagegen die durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil in § 895 ZPO als bewilligt fingierte Vormerkung.

497) Oben § 13 I 1 a.

498) § 875 könnte man zu § 397 (Aufhebung eines Schuldverhältnisses) und § 877 zu § 305 BGB (Änderung eines Schuldverhältnisses) in Beziehung setzen.

499) Dieser anschauliche Ausdruck findet sich bei Westermann, Sachenrecht § 74.

500) Materiellrechtlich bedeutsame Bewilligung und Eintragung nach § 885 I 1 BGB; vgl. näher oben § 13 I 1 a.
Die von § 878 geforderte Bindung des Verfügenden an seine Erklärung wird man im Falle der Vormerkungsbestellung analog §§ 873 II, 875 II BGB dann anzunehmen haben, wenn die Bewilligung gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Erwerber der Vormerkung in einer den Anforderungen der GBO genügenden Form abgegeben wurde.

501) Eintragungsantrag nach § 13 GBO; vgl. oben § 13 I 1 a.

macht bringt, [502] ist eine analoge Anwendung des § 878 BGB geboten. [503] Die abweichende Auffassung [504] führt die begriffsjuristisch geprägten Argumente ins Feld, die Vormerkung sei kein volldingliches Recht, und ihre freiwillige Einräumung richte sich nach keiner der in § 878 genannten Bestimmungen. Daß derartige Begründungen heute nicht mehr zu überzeugen vermögen, bedarf keiner näheren Erörterung. [505] Bejaht man die Anwendung des § 878 BGB auf die bewilligte Vormerkung, so kann man in den Fällen der §§ 894, 895 ZPO, wo die Bewilligung als erteilt gilt, grundsätzlich zu keinem anderen Ergebnis gelangen. [506] Fraglich ist lediglich, ob das Wesen der vorläufigen Vollstreckbarkeit diesem Schluß im Falle des § 895 ZPO entgegensteht. Denn immerhin ist in § 898 ZPO, der die Anwendbarkeit der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb im Bereich der Zwangsvollstreckung regelt, der § 895 ZPO nicht in Bezug genommen. Zwar enthält § 878 BGB keine Gutglaubensvorschrift, aber er ist wie §§ 892 f. BGB dazu geschaffen, dem Erwerber über bestimmte Mängel im Bereiche des Schuldners hinwegzuhelfen. Verneinte man die Anwendbarkeit der Gutglaubensvorschriften auf die nach § 895 ZPO zustande kommende

---

502) Siehe dazu näher oben § 11 Anhang.

503) So die heute h.M.; vgl. z.B. KG JFG 4, 336 ff. (338); JW 1932, 2242 und HRR 1934 Nr. 167; BayObLG NJW 1954, 1120 = DtNotZ 1954, 394; BGHZ 28, 182; BGH NJW 1960, 1757; Baur, Sachenrecht § 19 B III 2 d, § 20 III 3 und in Soergel - Siebert § 878 Randn 2 u. § 885 Randn 4; Cosack - Mitteis, Lehrb., Bd. II, S. 95; Crome, System, Bd. III, S. 180; Endemann, Lehrb., Bd. II, 1. Abt., S. 414 (Fußn 45 zu § 65); Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 885 Bem 2 (selbstverständlich, wenn man Vormerkung als bedingt-dingliches Recht ansieht); Heck, Sachenrecht § 47 III 3; Jaeger, Konkursordnung, Bd. I, 6 u. 7. Aufl. 1931 § 14 Bem 32 und Jaeger - Lent, Konkursordnung, Bd. I § 15 Randn 39; Palandt - Hoche § 878 Bem 2 a und § 883 Bem 2 a; Planck - Strecker § 885 Bem 2 b γ; Predari, Grundbuchordnung, S. 104; Rahn, NJW 1959, 97; Schönfeld, Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, JZ 1959, 141 und in NJW 1959, 1417; Sekler, Vormerkung, S. 227 f. (selbstverständlich, wenn man Vormerkung als dingliches Recht ansieht); Seufert, NJW 1959, 527 und 1419; Staudinger - Seufert § 878 Randn 2 u. § 885 Randn 3; Westermann, Sachenrecht § 84 II 4 und in Erman § 878 Bem 2; Wolff - Raiser § 38 V (Fußn 37 zu § 38).

504) Vgl. z.B. Bendix, Vormerkung, Gruch Beitr 49, 527 f.; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 185 und Sachenrecht § 878 Bem 4; Bongartz, Hypothekenvormerkung, S. 51 f.; Goldmann - Lilienthal - Sternberg, Sachenrecht, S. 199 (Fußn 45 zu § 33); Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I, Vorbem vor § 13 Randn 74; Philipsen, Vormerkung, S. 19 u. 70; Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 132; Staudinger - Kober, 10. Aufl. § 878 Randn 8 u. § 885 Randn 3.
In neuester Zeit wird diese Auffassung noch vertreten im RGR-Komm (Pritsch) § 878 Bem 2 und von Mentzel - Kuhn, Konkurs-

Vormerkung, so spräche wegen des Interesses an einer einheitlichen Behandlung der Vormerkungsfragen einiges dafür, auch den § 878 BGB insoweit nicht zur Anwendung zu bringen. Die Entscheidung des Problems soll deshalb zurückgestellt werden, bis im Rahmen der Untersuchung der Anwendbarkeit der Gutglaubensvorschriften die Tragweite des § 898 ZPO klargelegt wurde. 507)

Mit der Anwendung des § 878 BGB auf die Bewilligung der Vormerkung ist noch nicht unbedingt gesagt, daß nunmehr auch der ungestörte Vollrechtserwerb des Vorgemerkten sichergestellt sei. Zur Darlegung der Problematik ist der der Entscheidung BGHZ 28, 182 zugrunde liegende Sachverhalt vorzüglich geeignet:

> Die Miteigentümer eines Grundstücks hatten dieses an die Beklagten vermietet und ihnen 1949 ein Ankaufsrecht hinsichtlich des Grundstücks eingeräumt. Am 27.10.1953 verkauften die Eigentümer das Grundstück an die Klägerin. Gleichzeitig wurde die Auflassung erklärt und zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin auf Eigentumsübertragung die Eintragung einer Vormerkung bewilligt und beantragt. Der Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung ging noch am selben Tag beim Grundbuchamt ein.
>
> Am 28.10.1953 erwirkten die Beklagten gegen die Grundstückseigentümer eine einstweilige Verfügung des Inhalts, daß zur Sicherung des Anspruchs der Beklagten auf Übertragung des Eigentums eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen sei.
>
> Am 5.11.1953 erwirkten die Beklagten eine weitere einstweilige Verfügung, die den Grundstückseigentümern verbot, über das Grundstück zu verfügen, insbesondere es zu veräußern und beim Grundbuchamt den entsprechenden Eintra-

---

noch
504) ordnung § 15 Bem 14.

505) Zum grundsätzlichen Wandel der juristischen Methode vgl. oben § 10 I 3.

506) Vgl. dazu oben I.

507) Vgl. unten § 15 II 1 a.

gungsantrag zu stellen. Sie wurde der Klägerin am 6.11.1953 zugestellt, und am selben Tage der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt.
Die Auflassungsvormerkung zugunsten der Klägerin wurde am 10.11. und die Auflassungsvormerkung sowie das Verfügungsverbot zugunsten der Beklagten am 2.12.1953 im Grundbuch eingetragen. Am 30.6.1954 wurde die Klägerin als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen. Sie begehrt von den Beklagten Bewilligung der Löschung der aufgrund der beiden einstweiligen Verfügungen erfolgten Eintragungen.

Zunächst ist festzustellen, daß die zugunsten der Beklagten aufgrund der einstweiligen Verfügung vom 28.10. am 2.12. 1953 eingetragene Zwangsvormerkung weder den Vormerkungs- noch den Eigentumserwerb der Klägerin verhindern konnte; den Vormerkungserwerb deshalb nicht, weil die Vormerkung der Klägerin bereits am 10.11.53, also vorher, zustande gekommen war; [508] den Eigentumserwerb deshalb nicht, weil sie gegenüber der schon vorher gesicherten Klägerin als zwangsweise Verfügung über das Grundstück gemäß § 883 II 2 BGB unwirksam war. [509]
Das zugunsten der Beklagten am 5.11.53 erlassene Veräußerungsverbot wurde sofort wirksam. Da jedoch die Klägerin bereits am 27.10.1953 den Antrag auf Eintragung der ihr bewilligten Auflassungsvormerkung gestellt hatte, konnte es ihren Vormerkungserwerb wegen § 878 BGB nicht mehr hindern. Wie aber stand es um den Eigentumserwerb der Klägerin ? Das Verfügungsverbot zugunsten der Beklagten bestand doch nach wie vor, und da es keine Verfügung über das Grundstück darstellt, wurde es auch nicht durch § 883 II BGB im Verhältnis zur Klägerin paralysiert, [510]

---

508) Eines Zurückgreifens auf § 878 BGB bedarf es insoweit überhaupt nicht, da auch erzwungene Vormerkungen erst mit ihrer Eintragung und nicht bereits mit Erlaß der einstweiligen Verfügung entstehen.

509) Nach ihrem Eigentumserwerb konnte die Klägerin gemäß § 888 I BGB vorgehen.

510) Vgl. dazu Schönfeld, NJW 1959, 1418 und Seufert, NJW 1959, 527 u. 1419.

mußte also zwangsläufig deren Vollrechtserwerb hinfällig machen ?
Der BGH [511] und S e u f e r t [512] gehen in der Tat davon aus, § 878 BGB könne nur den Vormerkungserwerb, nicht aber den Eigentumserwerb der Klägerin sicherstellen. Getragen von dem Bestreben, alle Hindernisse für den Vollrechtserwerb mit dem Vormerkungserwerb als beseitigt anzusehen, greifen sie nunmehr auf §§ 892, 893 BGB zurück. Was § 878 nach ihrer Auffassung nicht zu leisten vermag, trauen sie den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb, gestützt auf die vom BGH [513] bestätigte reichsgerichtliche Rechtsprechung [514] ohne weiteres zu: sei die Vormerkung einmal gutgläubig erworben, so stehe einem gutgläubigen Vollrechtserwerb nichts mehr entgegen, denn der gute Glaube beim Erwerb der Vormerkung sei auch für den Erwerb des dinglichen Rechts, auf dessen Herbeiführung der schuldrechtliche Anspruch gerichtet sei, maßgebend. Da im vorliegenden Fall die Klägerin bei der Stellung des Antrags auf Eintragung ihrer Vormerkung hinsichtlich der zugunsten der Beklagten erlassenen Verfügungsbeschränkung gutgläubig gewesen sei, habe sie gemäß §§ 893, 892 II, I BGB die Auflassungsvormerkung und damit auch das Eigentum an dem Grundstück gutgläubig erworben.
Daß die Anwendung der Gutglaubensvorschriften zugunsten der Klägerin im Ansatz völlig verfehlt ist, haben R a h n [515] und insbesondere S c h ö n f e l d [516] überzeugend nachgewiesen: Als die Klägerin die Eintragung ihrer Auflassungsvormerkung beantragte (27.10.1953), waren die Grundstückseigentümer von dem erst am 5.11.1953 erlassenen Veräußerungsverbot überhaupt noch nicht berührt, also in ihrer Verfügungsfreiheit völlig unbeschränkt, so daß für eine Anwendung der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten gar kein Raum war.

---

511) A.a.O.
512) A.a.O.
513) BGHZ 25, 16 ff. (23) = JZ 1957, 627 f.
514) RGZ 118, 230 ff. (234); 121,44 ff.(46).
515) NJW 1959, 97.
516) JZ 1959, 142 und NJW 1959, 1417 f.

Eine solche hätte allenfalls noch für den Vollrechtserwerb in Betracht kommen können, aber dafür war es zu spät, da sich der Eigentumserwerb der Klägerin erst nach Eintragung des Veräußerungsverbots, nämlich am 30.6.1954 vollzog. Abgesehen davon ist es völlig unerfindlich, warum eine gutgläubig erworbene Vormerkung stärkere Wirkungen haben soll als eine über § 878 BGB erlangte. Auch hier ließe sich einwenden, die Klägerin habe zwar gutgläubig eine Vormerkung erworben; da diese jedoch das Veräußerungsverbot nicht gemäß § 883 II BGB unwirksam machen könne, sei an einen Eigentumserwerb nicht mehr zu denken.

Da eine ungleiche Behandlung der nach § 878 BGB erlangten und der gutgläubig erworbenen Vormerkung unter dem Gesichtspunkt des nachfolgenden Vollrechtserwerbs nicht möglich ist, fragt sich nun, welche (einheitliche) Behandlung angebracht ist. Genauer: Soll mit dem Vormerkungserwerb in beiden Fällen bereits der ungestörte Vollrechtserwerb gewährleistet sein oder nicht ? Das Gesetz gibt eine Antwort nur für zwei Fälle von Verfügungsbeschränkungen, den Konkurs und die Zwangsversteigerung. Im ersten Falle hat der Konkursverwalter, wenn die Vormerkung einmal erworben wurde, den gesicherten obligatorischen Anspruch zu erfüllen (§ 24 KO) [517] und im zweiten ist die Vormerkung gleich dem vorgemerkten Recht zu behandeln (§ 48 ZVG). [518] S c h ö n f e l d [519] und die oben [520] im Sinne der Anwendbarkeit des § 878 BGB auf die Bewilligung der Vormerkung Genannten gehen ohne weiteres davon aus, daß die Würfel zugunsten des ungestörten Vollrechtserwerbs auch im Falle anderer Verfügungsbeschränkungen bereits dann gefallen sind, wenn die Vormerkung im Wege des § 878 BGB zustande gekommen ist. Dem ist zuzustimmen, denn es ist nicht einzusehen, warum sich die Vormer-

---

517) Vgl. dazu näher oben § 6 I.

518) Vgl. dazu und zur Sonderstellung der Auflassungsvormerkung oben § 6 III.

519) JZ 1959, 142; NJW 1959, 1418.

520) Fußn 503; ausgenommen natürlich BGHZ 28, 182 und Seufert NJW 1959, 527 und 1419; bereits Schönfeld, NJW 1959, 1418 hat darauf hingewiesen, daß Seufert bei Staudinger (§ 878 Randn 2) ganz in dem Sinne zu verstehen ist, daß der Vollrechtserwerb mit der Erlangung der Vormerkung über § 878 BGB gesichert sei.

kung zwar im Konkurs und in der Zwangsversteigerung, nicht aber gegenüber anderen Verfügungsbeschränkungen sollte durchsetzen können. Allerdings ist S e u f e r t [521] zuzugeben, daß die Gewährleistung des Vollrechtserwerbs keine Folge des § 883 II BGB ist, sondern nur mit einer aus dem Rechtsgedanken der §§ 24 KO und 48 ZVG gewonnenen Wertentscheidung zugunsten des Vorgemerkten zu begründen ist. Buchrechtlich hat dies zur Folge, daß der Vorgemerkte im Falle seines Vollrechtserwerbs nicht im Wege des § 888 I BGB vorgehen, sondern nach § 894 BGB Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann. [522]

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Dem Erwerber einer bewilligten Vormerkung kommt § 878 BGB zustatten. Hat er mit Hilfe dieser Bestimmung die Hürde einer Verfügungsbeschränkung genommen, so ist auch, gleichgültig welcher Art die Verfügungsbeschränkung ist, sein Vollrechtserwerb sichergestellt. Kommt zugunsten des Vormerkungserwerbers § 878 BGB zur Anwendung, so ist für eine Heranziehung der §§ 892, 893 BGB kein Raum mehr.

III Ist § 878 BGB auf die Übertragung der Vormerkung anwendbar ?

Die Frage ist zu verneinen. Zwar stellt auch die Übertragung der Vormerkung eine Verfügung dar, [523] aber diese geht nicht in den von § 878 BGB vorausgesetzten Bahnen [524] vonstatten; die Vormerkung folgt vielmehr der gesicherten Forderung im Wege des § 401 BGB. [525] Da die Übertragung des obligatorischen Anspruchs formlos erfolgt, besteht auch gar kein Bedürfnis für eine Anwendung des § 878, denn der Zessionar und Vormerkungserwerber ist nicht den aus dem Eintragungsgrundsatz entspringenden Gefahren ausgesetzt, gegen welche die Vorschrift schützen will. [526]

---

521) NJW 1959, 1419.

522) Vgl. dazu Schönfeld, NJW 1959, 1418 und der BGH a.a.O.

523) Vgl. oben Anhang zu § 11.

524) Einigung über die Rechtsänderung, bzw. einseitige Bewilligung derselben, und Eintragung ins Grundbuch.

525) Vgl. dazu näher oben § 8 II.

526) Über den Normzweck des § 878 oben I.

§ 15

Die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs.

I Die Vermutungsvorschrift des § 891 BGB.

1. Anwendbarkeit des § 891 I zugunsten desjenigen, für den eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist ?

Da die Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur zugunsten desjenigen streitet, für den ein R e c h t im Grundbuch eingetragen ist, wurde ihre Anwendung zugunsten des Vorgemerkten früher häufig mit der apodiktischen Begründung abgelehnt, die Vormerkung sei eben kein dingliches Recht. [527]
Zuzugeben ist, daß § 891 I keine Vermutungswirkung für das Bestehen des ganz im Schuldrecht wurzelnden gesicherten Anspruchs zu äußern vermag. [528] Insoweit ist also der Vorgemerkte stets voll beweispflichtig.
Dagegen bestehen keine Bedenken, die Vermutungswirkung hinsichtlich des dinglichen Schutzmantels "Vormerkung" durchgreifen zu lassen. [529] Hat der Vorgemerkte das Bestehen seines obligatorischen Anspruchs nachgewiesen, so kann er sich wegen

---

527) Vgl. z.B. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 187; Dernburg, Bürg. Recht, Bd. III, S. 183; Endemann, Lehrb., Bd. II, 1. Abt., S. 405 (Fußn 20 zu § 65); v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. II, S. 337; Planck - Strecker § 883 Bem 3 k; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 6.
Heute noch in diesem Sinne Wolff - Raiser § 48 VII u. RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 43.
Für Othmer ist der Vorgemerkte zwar bereits volldinglich Berechtigter (vgl. oben § 10 I 1 a); da jedoch diese Rechtslage im Grundbuch noch nicht verlautbart ist, lehnt er eine Anwendung des § 891 I BGB insoweit ab (Vormerkung, S. 67, 80).

528) Das ist ganz unstreitig; vgl. außer den in Fußn 527 Genannten z.B. Heck, Sachenrecht § 47 III 10; Palandt - Hoche § 883 Bem 2 a und § 891 Bem 2 a; Strohal, Öffentlicher Glaube, S. 8.

529) Vgl. in diesem Sinne z.B. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 20; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 97 f.; Heck, Sachenrecht § 47 III 10; Sekler, Vormerkung, S. 136 f.; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d β^9; Staudinger - Seufert § 883 Randn 54; Westermann, Sachenrecht § 85 IV 3.

des Vorliegens und der Ordnungsmäßigkeit der sachenrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen auf § 891 I berufen, bis ihm z.B. der vormerkungswidrige Erwerber nachweist, die Bewilligung nach § 885 I 1 BGB sei nicht wirksam erteilt. [530] B a u r [531] will die Anwendung des § 891 I auf die bewilligte Vormerkung beschränken. Dem kann nicht gefolgt werden, denn § 891 differenziert nicht danach, auf welchem Wege das eingetragene Recht entstanden ist, sondern entfaltet seine Wirkung z.B. auch im Falle einer Zwangshypothek. Für die erzwungene Vormerkung kann, wenn man die Anwendung des § 891 auf die Vormerkung überhaupt bejaht, nichts anderes gelten. Das Verfahren nach §§ 935 ff. ZPO birgt keine größeren Gefahren für das ordnungsmäßige Zustandekommen der Vormerkung in sich als das Bewilligungsverfahren, so daß auch insoweit das Substrat für die Vermutungswirkung des § 891 I BGB gegeben ist.

2. Anwendbarkeit des § 891 II zu Lasten des Inhabers einer im Grundbuch gelöschten Vormerkung ?

Folgerichtig müssen diejenigen die Anwendung des § 891 II verneinen, die davon ausgehen, die Vormerkung gehe stets - auch im Falle unrechtmäßiger Löschung - dann unter, wenn sie im Grundbuch getilgt werde, [532] denn wenn an der objektiven Rechtslage überhaupt kein Zweifel bestehen kann, ist eine Vermutungsvorschrift fehl am Platze. [533]
Geht man davon aus, daß die Vormerkung trotz ihrer Löschung im Grundbuch materiellrechtlich fortbestehen kann, [534] so steht einer Anwendung des § 891 II nichts entgegen. [535] Der

---

530) Zum selben Ergebnis gelangt der RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 43, der zwar die Anwendung des § 891 I ablehnt (vgl. oben Fußn 527), aber zugunsten des Vorgemerkten § 418 I ZPO heranzieht: Die Vormerkungseintragung begründe als öffentliche Beurkundung Beweis dafür, daß die Vormerkung unter den gesetzlichen Voraussetzungen (§ 885 BGB) eingetragen worden sei und den aus dem Eintragungsvermerk ersichtlichen Inhalt und Umfang habe. In diesem Sinne auch Prot. Bd. III, S. 49.

531) Soergel - Baur § 891 Randn 6.

532) Vgl. die oben in Fußn 439 Genannten.

533) In diesem Sinne ausdrücklich Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d υ.

534) So oben § 13 II 1 b γ.

535) Soweit ersichtlich wird in der Literatur - abgesehen von Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d ϑ - immer nur zur Anwendbarkeit des Abs. 1 zugunsten, nicht aber zur Anwendbarkeit des Abs. 2 zu Lasten des Vorgemerkten Stellung genommen.

vormerkungswidrige Erwerber kann sich also, wenn die Vormerkung im Grundbuch gelöscht ist, solange beruhigt auf den Standpunkt stellen, sein Rechtserwerb sei vollwirksam und unantastbar, bis ihm der Vorgemerkte nachweist, die Löschung sei zu Unrecht erfolgt.

II Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§§ 892, 893 BGB).

Wie im Bereich der Vermutungswirkung sind auch im Bereich der Verfügungswirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zwei große Fallgruppen zu unterscheiden, in denen der Rechtsscheingedanke zum Zuge kommen kann: zugunsten des Vorgemerkten (dazu unten 1) und zu seinen Lasten (dazu unten 2).

1. Anwendbarkeit zugunsten des Vormerkungserwerbers ?

a) Anwendbarkeit zugunsten desjenigen, dem eine Vormerkung bestellt wird ?

Vorweg ist zweierlei zu bemerken: Einmal beziehen sich die §§ 892, 893 BGB ebenso wie § 878 BGB [536] nur auf rechtsgeschäftliche Bewegungsvorgänge; niemals kann also dem Erwerber einer im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungenen Vormerkung der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten kommen. [537] Zum anderen können die §§ 892, 893 BGB niemals über Mängel im obligatorischen Bereich hinweghelfen; wer gegen den Vormerkungsbetroffenen keinen schuldrechtlichen Anspruch hat, kann in bestem Glauben sein, er habe ihn, er kann ihn gleichwohl nie erwerben. [538]

Seit der Schrift von S t r o h a l (Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu Statten, Leipzig 1904) geht die ganz überwiegende Ansicht in Literatur

---

536) Dazu oben § 14 I.

537) Die Frage, ob die §§ 892, 893 im Rahmen des § 895 ZPO zur Anwendung gelangen können, wird gleich unten zu erörtern sein.

538) Das ist ganz unstreitig; selbst Othmer, Vormerkung, S. 80 scheint davon auszugehen, daß der obligatorische Anspruch nicht gutgläubig erworben werden kann.

und Rechtsprechung dahin, daß der dingliche Schutzmantel "Vormerkung" gutgläubig erworben werden kann. Streitig ist nur, ob dieses Ergebnis durch eine direkte Anwendung des § 892 BGB [539] oder auf dem Wege über § 893 BGB [540] zu erreichen ist. Bestünde § 893 BGB nicht, so könnte kein Zweifel daran bestehen, daß § 892 BGB analog anzuwenden wäre, denn wenn auch der Vorgemerkte kein dingliches Recht erlangt, so wächst ihm doch eine Rechtsposition mit dinglichen Wirkungen zu. [541] Auf diese analoge Anwendung, glaubt die Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum [542] deshalb verzichten zu können, weil die Bewilligung einer Vormerkung als Verfügung über das vormerkungsbetroffene Recht direkt dem § 893, 2. Alternative BGB unterfalle, der dann seinerseits auf § 892 verweise. Wegen dieser Verweisung ist die Streitfrage praktisch bedeutungslos. M.E. ist eine Anwendung des § 892 ohne den Umweg über § 893 BGB geboten. Wie S c h ö n f e l d [543] zutreffend ausführt, erfordert das Gesamtproblem der Anwendbarkeit grundstücksrechtlicher Vorschriften auf die Vormerkung eine einheitliche Lösung, die durch ein Zurückgreifen auf § 893 deshalb gefährdet wäre, weil im Bereich des § 878 eine dem § 893 entsprechende Vorschrift fehlt,

---

539) So Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 883 Bem 20 u. § 892 Bem 3; Heck, Sachenrecht § 47 III 5 c (analoge Anwendung); Kempf, Zur Rechtsnatur der Vormerkung, JuS 1961, 24; Othmer, Vormerkung, S. 80, 121; Schönfeld, Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, JZ 1959, 140 (analoge Anwendung).

540) So die Rechtsprechung und weitgehend auch das Schrifttum; vgl. z.B. KG JFG 2, 409; DtNotZ 1927, 96; RGZ 118, 234; 120, 13; 121, 46; BayObLG NJW 1954, 1121; BGHZ 25, 23; Baur, Sachenrecht § 20 III 1 b und in Soergel - Siebert § 883 Randn 2; Cosack - Mitteis, Lehrb., Bd. II, S. 123; Palandt - Hoche § 883 Bem 2 a; Planck - Strecker § 883 Bem 3 k; Predari, Grundbuchordnung, S. 113; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 6; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 45; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem V 2 d γ; Seufert, NJW 1959, 527; Staudinger - Seufert § 883 Randn 56; Strohal, Öffentlicher Glaube, S. 24 ff.; Westermann, Sachenrecht § 85 IV 3; Wolff - Raiser § 48 IV.

541) Siehe dazu näher oben § 10 II 2 und Anhang zu § 11.

542) Vgl. die in Fußn 540 Genannten.

543) JZ 1959, 140.

gleichwohl aber jene Bestimmung zugunsten des Vormerkungserwerbers angewendet wird. [544]

Soweit eine Anwendung der Gutglaubensvorschriften zugunsten des Vormerkungserwerbers überhaupt abgelehnt wird, geschieht dies mit der Begründung, die Bestellung der Vormerkung stelle keine Verfügung über das betroffene Recht dar. [545] Die Unrichtigkeit dieser Auffassung wurde bereits oben [546] dargelegt, so daß sich nunmehr weitere Ausführungen erübrigen.

B i e r m a n n [547] bringt als weiteres Argument für die Unanwendbarkeit der Gutglaubensvorschriften den Hinweis auf §§ 895, 898 ZPO: letztere Vorschrift verweise nur auf §§ 894, 897, nicht aber auf § 895 ZPO. Die ZPO mache also bezüglich des Schutzes durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches einen Unterschied zwischen der definitiven Eintragung und der Eintragung einer Vormerkung, und zwar mache sie diesen Unterschied für Fälle, in denen die Eintragung als bewilligt gelte. Es sei gewiß kein allzu kühner Schluß, wenn man annehme, daß diese Unterscheidung dem Willen des Gesetzes auch in dem Falle entspreche, daß keine fingierte, sondern eine wirkliche Bewilligung vorliege. Denn es wäre geradezu unerfindlich, warum das Gesetz für den Fall der fingierten Bewilligung diesen Unterschied machen sollte, wenn er für den Fall der wirklichen Bewilligung nicht ebenfalls gelte.

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß § 898 ZPO die Anwendung der Gutglaubensvorschriften für den Fall des § 894 ZPO nicht ausschließt, sondern im Gegenteil gerade gebietet. Daß aber § 894 ZPO nur die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen regelt, die für eine endgültige Rechtsänderung erforderlich sind, ist nirgends gesagt. Vielmehr ist durchaus auch die Verurteilung des Schuldners

---

544) Vgl. dazu oben § 14 II.

545) So KG DtNotZ 1927, 97 f.; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 192; Binder, ZHR 72, 540; Maenner, Sachenrecht, S. 80 (Fußn 46 zu § 11); v. Tuhr, Allgem. Teil, Bd. II, 1. Hälfte, S. 255.

546) Anhang zu § 11.

547) Widerspruch und Vormerkung, S. 190.

zur Bewilligung einer Vormerkung denkbar, [548] und es kann angesichts des klaren Wortlauts des § 898 ZPO keinem Zweifel unterliegen, daß insoweit die Gutglaubensvorschriften zugunsten des Gläubigers heranzuziehen sind. § 898 ZPO kann also jedenfalls nicht zur Unterstützung der Auffassung herangezogen werden, die Gutglaubensvorschriften könnten auf den Erwerb der Vormerkung überhaupt keine Anwendung finden. [549]

Eine ganz andere, bereits bei der Erörterung der Anwendbarkeit des § 878 BGB [550] angeschnittene Frage ist die, ob durch § 898 ZPO die Anwendung der Gutglaubensvorschriften auf eine nach § 895 ZPO zustande kommende Vormerkung ausgeschlossen wird. Sie kann - wie eben dargelegt - jedenfalls nicht mit der Begründung verneint werden, die Vormerkung sei eben nur eine vorläufige Eintragung. Der in § 898 ZPO unterlassene Verweis auf § 895 ZPO hat aber im Ergebnis einen guten Sinn, der im Wesen der vorläufigen Vollstreckbarkeit zu suchen ist: Eine bloß vorläufig vollstreckbare Entscheidung wiegt nicht so schwer, daß sie den Eingriff in fremde Rechte rechtfertigen würde. Und der wirklich Berechtigte wäre jedenfalls bis zur Aufhebung der vorläufig vollstreckbaren Entscheidung durch die Vormerkung in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt.
Da diese Bedenken - Eingriff in materiell Dritten zustehende Rechte - in den von § 878 BGB geregelten Fällen nicht gegeben sind, ist die oben [551] offengelassene Frage, ob jene Bestimmung im Rahmen des § 895 ZPO zum Zuge kommen kann, zu bejahen.

Bereits in § 14 II wurde ausgeführt, daß eine einmal nach §§ 878 oder § 892 BGB erlangte Vormerkung zur Sicherstellung des Vollrechtserwerbs des geschützten Gläubigers führt und daß ihm Verfügungsbeschränkungen seines Schuldners nicht mehr gefährlich werden können. Wie aber steht es um den

---

548) Praktisch werden wird dieser Fall kaum einmal, denn der Gläubiger wird in aller Regel den einfacheren und rascheren Weg der einstweiligen Verfügung gehen.

549) Vgl. in diesem Sinne bereits Strohal, Öffentlicher Glaube, S. 11 ff.

550) § 14 II.

551) § 14 II.

Vollrechtserwerb des Vorgemerkten, wenn sein Schuldner nicht von einer Verfügungsbeschränkung betroffen, sondern überhaupt nicht Inhaber des vormerkungsbetroffenen Rechts ist ?

Beispiel: Der Nichteigentümer N ist zu Unrecht als Eigentümer eines in Wahrheit dem E gehörenden Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Er verkauft das Grundstück dem gutgläubigen K und bewilligt ihm eine Auflassungsvormerkung, die am 2.1. eingetragen wird. Am 4.1. erfährt K die Nichtberechtigung des N - wird zugunsten des E ein Widerspruch eingetragen - wird E im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer eingetragen. Kann K das Grundstück noch erwerben ?

Das RG [552] und ihm folgend der BGH [553] bejahen die Frage, und auch die oben [554] angeführte Literatur läßt keine Beschränkung der Anwendung der Gutglaubensvorschriften auf den Erwerb der Vormerkung als solcher erkennen. Zur Begründung dieser weitgehenden Auffassung wird ausgeführt, aus dem Zweck der Vormerkung, ein dingliches Sicherungsmittel für den künftigen Vollrechtserwerb zu bilden, ergebe sich, daß das Gesetz die Vollendung des Rechtserwerbs unmittelbar an die Vormerkung anknüpfe. Schuldrechtlich ausgedrückt: sei die Vormerkung einmal entstanden, so sei damit der Grund für die Erfüllbarkeit des Anspruchs gelegt, und der Erwerb des Rechtes selbst vollziehe sich unabhängig von der weiteren Entwicklung des Grundbuchinhalts. Aus welchem Grunde sich der Buchinhalt nach Eintragung der Vormerkung ändere, sei dabei gleichgültig, denn von § 883 II BGB würden nicht nur solche Buchvorgänge getroffen, die mit einer Änderung der materiellen Rechtslage Hand in Hand gingen, sondern auch die bloße Buchberichtigung und die Eintragung eines Widerspruchs; selbstverständlich könne es dem Vorgemerkten angesichts dieser Rechtslage auch nichts schaden, wenn er nach Erlangung der Vormerkung

---

552) RGZ 121, 46 f.

553) BGHZ 25, 23; 28, 187.

554) Fußn 539 und 540.

die Nichtberechtigung seines Schuldners erfahre. [555] Hierzu ist vorweg zu bemerken, daß sich das vom RG gewonnene Ergebnis nicht mit einer Anwendung des § 883 II BGB auf die Eintragung des Widerspruchs und die Grundbuchberichtigung zugunsten des E begründen läßt. Denn diese Vorgänge bringen keine Veränderung der materiellen Rechtslage mit sich und stellen mithin keine Verfügungen dar. [556] Die vormerkungswidrige Rechtslage bestand vielmehr schon, bevor die Vormerkung ins Grundbuch gelangte. An diesem Punkte setzt die Kritik von C a r o [557] an, der die Auffassung vertritt, die Vormerkung könne stets nur einen schon bestehenden Zustand erhalten, nicht aber die dingliche Rechtslage zugunsten ihres Erwerbers verändern. [558] Eine gutgläubig erworbene Vormerkung könne demnach nur dazu führen, weitere Verfügungen über das vormerkungsbetroffene Recht nach § 883 II dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam zu machen. [559] Ein weiterer Einwand C a r os geht dahin, die Vorschrift des § 892 II BGB werde umgangen, wenn man den Vollrechtserwerb an den gutgläubigen Vormerkungserwerb knüpfe; denn wenn schon der einmal gestellte Antrag auf Eintragung der endgültigen Rechtsänderung nur gegen die Folgen nachträglich eintretender Bösgläubigkeit des Erwerbers, nicht aber gegen die Eintragung eines Widerspruchs und die Buchberichtigung schütze, so dürfe der nur vorläufigen Vormerkung keine weitergehende Wirkung beigelegt werden. [560]

Einig sollte man sich darüber sein, daß die gutgläubig erworbene Vormerkung als dingliches Sicherungsmittel das Grundstück als solches ergreift und deshalb jegliche Verfügung über dieses, mag sie vom Schuldner oder dem wahren Berechtigten ausgehen, gegenüber dem Vorgemerkten nach § 883 II BGB unwirksam macht. [561] Des weiteren gibt es für den materiell Berechtigten keine Möglichkeit, sich

---

555) RGZ 121, 46 f.

556) Zum Verfügungsbegriff vgl. oben § 11 Anhang.

557) Vormerkung und guter Glaube, JR 1928, 117 ff. und 132 ff. Ähnlich Seegebarth und Elsaß, JW 1928, 499.

558) A.a.O., insbes. S. 118 f. und 138.

559) A.a.O., S. 119.

560) A.a.O., S. 135 f.

561) Vgl. dazu insbes. Heck, Sachenrecht § 47 III 5.

dieser Belastung zu entledigen; er ist also, wenn der Vorgemerkte nicht freiwillig auf sein Recht verzichtet, nicht mehr in der Lage, das betroffene Recht zu veräußern oder zu belasten, sondern hat nur noch die Möglichkeit der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaftsbefugnisse. Man könnte einwenden, letzteres sei Rechtfertigung genug, um einen gutgläubigen Vollrechtserwerb des Vorgemerkten zu verneinen; habe der in Wahrheit Berechtigte im Einzelfall kein Interesse mehr an dem ihm verbliebenen Rechtstorso, so könne er ja ohne weiteres sein Einverständnis zum Vollrechtserwerb des Vorgemerkten erteilen. Das Recht kann sich jedoch nicht damit begnügen, den hier zu Tage getretenen Interessenkonflikt auf sich beruhen zu lassen, und seine Entscheidung der Nachgiebigkeit des einen oder anderen Beteiligten anheimzustellen. Die Befürworter einer statischen Rechtsordnung werden geneigt sein, ihn zugunsten des wahren Berechtigten zu entscheiden. Sieht man dagegen in den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb eine ganz allgemeine Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten des redlichen Verkehrs, so wird man einer dem Vorgemerkten günstigen Lösung den Vorzug geben. Der letzteren Auffassung ist zuzustimmen. Es geht nicht an, der einmal gutgläubig erworbenen Vormerkung lediglich ein Dasein im Schatten des bereits gebundenen Rechts des Dritten zuzubilligen. [562] Wollte man anders entscheiden, so täte man gut daran, den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung gar nicht erst zuzulassen. [563] Der obige Beispielsfall ist also dahin zu entscheiden, daß K in jedem Falle als Eigentümer des Grundstücks einzutragen ist. [564]

b) Anwendbarkeit zugunsten des gutgläubigen Zessionars eines vormerkungsgesicherten Anspruchs ?

Die Frage wird in der Literatur weit seltener erörtert als

---

562) Auch der Hinweis Caros (a.a.O., S. 135 f.) auf § 892 II BGB vermag demgegenüber nicht zu überzeugen.

563) Caro, a.a.O., S. 119 gibt selbst zu, daß die gutgläubig erworbene Vormerkung praktisch bedeutungslos ist, wenn man durch sie nicht den Vollrechtserwerb als gesichert ansieht.

564) Obgleich die Eintragung des Widerspruchs und die Grundbuchberichtigung keine Verfügungen i.S. des § 883 II BGB darstellen, ist zugunsten des K § 888 I analog anzuwenden, da nur diese Bestimmung ihm die Möglichkeit gibt, selbst ins Grundbuch zu gelangen.

die unter a) behandelte. Einer analogen Anwendung des § 892 BGB würde auch hier nicht die Tatsache entgegenstehen, daß die Vormerkung kein volldingliches Recht ist. [565] Aber das Eingreifen des Gutglaubensschutzes muß aus demselben Grunde abgelehnt werden wie die Anwendung des § 878 BGB [566]: die Übertragung der Vormerkung erfolgt nicht nach sachenrechtlichen Grundsätzen, sondern vollzieht sich in den Bahnen des Schuldrechts. [567]

2. Anwendbarkeit zum Nachteil des Vorgemerkten ?

Wer annimmt, die Vormerkung gehe stets auch materiell unter, wenn sie im Grundbuch gelöscht wird, kann zur Anwendung des § 892 BGB genauso wenig gelangen wie zur Bejahung der Vermutungswirkung des § 891 II BGB. [568] Im übrigen besteht jedoch Einigkeit in dieser Frage, denn gleichgültig welche Auffassung man zur Rechtsnatur der Vormerkung vertritt, muß man einen gutgläubigen "vormerkungsfreien Rechtserwerb" für möglich halten. [569]

---

565) Es könnte hier nicht anders entschieden werden als oben I 1 bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 891 I BGB, denn die Vermutungsvorschrift des § 891 und die Verfügungsvorschrift des § 892 BGB sind gleichermaßen Ausfluß des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs.

566) Vgl. oben § 14 III.

567) So insbesondere Baur, JZ 1957, 629 und in Soergel - Siebert § 893 Randn 7.
Im Ergebnis der Nichtanwendbarkeit der §§ 892, 893 übereinstimmend Palandt - Hoche § 883 Bem 2 a; Planck - Strecker § 883 Bem 3 k; Reichel, Umschreibung der Vormerkung, S. 8 f.; RGR-Komm (Pritsch) § 883 Bem 44; Strohal, Öffentlicher Glaube, S. 9; Wolff - Raiser § 48 VII. So auch Mot. Bd. III, S. 837 für das Fahrnispfand: der Veräußerungsakt beziehe sich nur auf die Forderung, und ein nicht bestehendes Pfandrecht könne der Forderung nicht folgen.
A.A. insbes. Heck, Sachenrecht § 47 III 10; Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 25 Randn 14; Obergericht Kaunas (Senat für memelländische Angelegenheiten) JW 1926, 2870 und offensichtlich auch der BGH (BGHZ 25, 23 f.), der gegen eine Buchvormerkung den Widerspruch zuläßt; vgl. dazu näher unten § 16 I 2.

568) Vgl. dazu oben I 2.

569) Die h.M. wendet § 892 I 1 an; die Vertreter der Auffassung, die Vormerkung sei ein (qualifiziertes) Veräußerungsverbot, greifen auf Abs. 1 S. 2 zurück; vgl. z.B. Brachvogel, Vormerkung und Grundbuchunrichtigkeit, Dogmat Jahrb 80, 22 ff.; Raape, JW 1927, 1927.

§ 16

Widerspruch und Grundbuchberichtigung.

I Der Widerspruch des § 899 BGB.

Als vorläufiges Schutzmittel, das im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungen werden kann, muß die Zulässigkeit des Widerspruchs auf die Fälle akuter Gefahr für den wirklich Berechtigten beschränkt werden. Dem wird die h.M. [570] gerecht, wenn sie den Widerspruch nur gegen solche Grundbucheintragungen zuläßt, die unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehen. [571]

1. Ist der Widerspruch zugunsten des Vorgemerkten zulässig ?

Wird eine Vormerkung zu Unrecht im Grundbuch gelöscht, so wird sie dadurch nicht in ihrem materiellen Bestand beeinträchtigt. [572] Aber gegenüber dem auf die Richtigkeit des Grundbuchs vertrauenden Erwerber vermag sie keine Wirkungen zu äußern; er erlangt das vormerkungsbetroffene Recht vormerkungsfrei. [573] Infolgedessen ist zugunsten des zu Unrecht im Grundbuch gelöschten Vorgemerkten die Eintragung eines Widerspruchs zulässig. [574]

---

570) Vgl. z.B. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 899 Bem 1; Planck - Strecker § 899 Bem 2 b; Staudinger - Seufert § 899 Randn 8. A.A. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 83 f. und Sachenrecht § 899 Bem 1 a, der aus dem Wortlaut des § 899 I den Schluß ableitet, der Widerspruch sei in allen Fällen der Buchunrichtigkeit zulässig, in denen eine Berichtigung nach § 894 BGB erfolgen könne.

571) So auch die h.M. zum Amtswiderspruch nach §§ 53 I 1, 71 II 2 GBO, denen der Gedanke zugrunde liegt, daß derjenige, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs ein Recht erworben hat, nicht durch Löschung von Amts wegen in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werden soll; vgl. BGHZ 25, 22 und Wolff - Raiser § 36 I 2 b.

572) Siehe oben § 13 II 1b.

573) Dazu oben § 15 II 2.

574) So die ganz h.M.; vgl. z.B. RGZ 129, 185 f.; 132, 419 (423 f.); Baur, Sachenrecht § 20 II 3 und in Soergel - Siebert § 886 Randn 3; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 83 und Sachenrecht § 899 Bem 1 a (selbstverständlich, da B. den Widerspruch im selben Umfang zuläßt wie die Grundbuchberichtigung); Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 899 Bem 2; Planck - Strecker § 899 Bem 2 b; Staudinger - Seufert § 899 Randn 8 a; Waltz, JW 1930,

Da die Aufhebung des vormerkungsbetroffenen Rechts nicht vollständig, sondern nach § 883 II BGB nur dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam ist, [575] fehlt es an der für die Eintragung eines Widerspruchs unerläßlichen Voraussetzung der Grundbuchunrichtigkeit. Für einen Widerspruch besteht in diesem Falle auch kein Bedürfnis, denn ein gutgläubig lastenfreier Erwerb eines Dritten kommt wegen der noch im Grundbuch verlautbarten Vormerkung nicht in Betracht.

2. Kann zugunsten des von einer Buchvormerkung Betroffenen ein Widerspruch ins Grundbuch eingetragen werden ?

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob und inwieweit man einen gutgläubigen Vormerkungserwerb für möglich hält. Da die Übertragung der Vormerkung nicht in den Bahnen des Sachenrechts, sondern nach schuldrechtlichen Grundsätzen erfolgt, wurde oben [576] die Möglichkeit ihres gutgläubigen Erwerbs in diesem Falle ganz generell verneint. Folgerichtig muß auch die Zulässigkeit eines Widerspruchs gegen eine zu Unrecht eingetragene Vormerkung verneint werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grunde - ob wegen Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Anspruchs oder wegen Mängel bei ihrer Bestellung - die Vormerkung unwirksam ist. [577]

---

noch

574) 2933; Weber, Vormerkung, S. 42 f.; Wolff - Raiser § 47 Fußn 2. A.A. selbstverständlich diejenigen, die davon ausgehen, die Vormerkung gehe auch durch unrechtmäßige Löschung im Grundbuch unter (oben Fußn 439).

575) Siehe dazu oben § 13 II 2.

576) Vgl. § 15 II 1 b.

577) Baur, Sachenrecht § 20 II 3; JZ 1957, 629. Seufert (Staudinger § 899 Randn 8), der den Vorwurf der Inkonsequenz erhebt, übersieht, daß nach der hier vertretenen Ansicht ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung nur bei ihrer Bewilligung, nicht aber bei ihrer Übertragung möglich ist.
Im Ergebnis wie hier z.B. Planck - Strecker § 899 Bem 2 b mit Übersicht über die ebenfalls ablehnende Rspr. des KG.
Der BGH (BGHZ 25, 23 f.), der gutgläubigen Erwerb der übertragenen Vormerkung dann für möglich hält, wenn der obligatorische Anspruch besteht, gelangt folgerichtig zur Zulässigkeit eines Widerspruchs. Ebenso Reichel, Vormerkung, Dogmat Jahrb 46, 155; Staudinger - Seufert § 899 Randn 8 und Westermann, Sachenrecht § 85 IV 4.

II Die Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB.

Im Gegensatz zum Widerspruch ist die Zulässigkeit der Grundbuchberichtigung nicht davon abhängig, daß dem Berechtigten ein Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten droht. Die Gründe, die zur Ablehnung des Widerspruchs gegen eine zu Unrecht eingetragene Vormerkung geführt haben, [578] können also hier nicht durchgreifen. Die ganz überwiegende Meinung steht deshalb auf dem Standpunkt, daß zugunsten des von einer Buchvormerkung Betroffenen § 894 BGB anzuwenden ist. [579] Zwar ist auch das RG stets davon ausgegangen, daß der Betroffene einer erloschenen Vormerkung einen Anspruch auf ihre Beseitigung aus dem Grundbuch hat, jedoch war die Begründung hierfür nicht einheitlich, sondern schwankte zwischen einer Heranziehung des § 894 und des § 1004 BGB hin und her. [580] Seine zögernde Haltung gegenüber § 894 erklärt sich aus einer wörtlichen Interpretation dieser Bestimmung: § 894 spreche nur von Grundstücksrechten und Verfügungsbeschränkungen, wozu die Vormerkung nicht zu rechnen sei. [581]
Einer Anwendung des § 1004 und der ihm entsprechenden Bestimmungen für die beschränkt dinglichen Rechte steht schon das unhaltbare Ergebnis entgegen, daß dann in den Fällen, in denen sich die Vormerkung auf eine Reallast, Hypothek oder Grundschuld

---

578) Oben I 2.

579) Vgl. z.B. KG RJA 11, 60; KG J 52, 164; Baur, Sachenrecht § 20 II 3 und in Soergel - Siebert § 886 Randn 1; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 82 f. und Sachenrecht § 894 Bem 1 d; Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I § 887 Bem 4; Furthmann, Vormerkung, S. 28; Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, S. 10 ff.; Güthe - Triebel, Grundbuchordnung, Bd. I § 25 Randn 24; Kretzschmar, Sachenrecht § 894 Bem IV 2; Philipsen, Vormerkung, S. 75; Planck - Strecker § 886 Bem 1 e; Rosenberg, Sachenrecht § 883 Bem III 1 und IV 7 a; Staudinger - Seufert § 886 Randn 7 und § 894 Randn 9.

580) Offengelassen wurde die Frage in RGZ 81, 289. Für Anwendung des § 1004 RG Seuff Arch 77, 188; JW 1933, 1822 f.; für Anwendung des § 894 RGZ 163, 62.

581) JW 1933, 1823. So auch heute noch RGR-Komm (Pritsch) § 886 Bem 3, wo je nach Art des von der Buchvormerkung betroffenen Rechts §§ 1004, 1027, 1065, 1090 II BGB, 11 I 1 ErbbauVO herangezogen werden. Vgl. auch Maenner, Sachenrecht, S. 70.

bezieht, der durch sie Beeinträchtigte schutzlos wäre, denn dem Reallastberechtigten, dem Hypothekar und dem Inhaber einer Grundschuld ist ein dem § 1004 entsprechender negatorischer Anspruch versagt. [582] Zutreffend wird auch darauf hingewiesen, daß die Nichtanwendung des § 894 BGB konsequent dazu führen müsse, auch die Anwendung des § 22 GBO abzulehnen. [583] Es spricht also alles dagegen, den der Buchunrichtigkeit adäquaten Weg der Grundbuchberichtigung zu verlassen und auf die allgemeinen Störungsschutzvorschriften zurückzugreifen.

Nachdem die Zulässigkeit eines Widerspruchs zugunsten des Vorgemerkten bejaht wurde, [584] braucht kaum noch besonders hervorgehoben zu werden, daß ihm im Falle versehentlicher Löschung der Vormerkung auch der Berichtigungsanspruch des § 894 BGB zusteht.

---

582) Vgl. dazu Güthe, Unrichtigkeit des Grundbuchs, Gruch Beitr 57, 11 f.; Staudinger - Seufert § 886 Randn 7.

583) Güthe, a.a.O., S. 13.

584) Oben I 1.

L E B E N S L A U F

Am 18. September 1934 wurde ich als Sohn des Architekten Karl Weber und seiner Ehefrau Paula, geb. Widmaier, in Stuttgart - Bad Cannstatt geboren. Mein Vater ist 1955 gestorben. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.
Nach 4-jährigem Besuch der Grundschule in Stuttgart-Untertürkheim und Ruppertshofen, Kreis Schwäbisch Gmünd, besuchte ich ab Oktober 1945 das Wirtemberg-Gymnasium in Stuttgart-Untertürkheim, an dem ich am 25. Februar 1954 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommersemester 1954 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen. Nach 3 Semestern in Tübingen studierte ich 3 Semester in München und schließlich wieder 3 Semester in Tübingen. Dort legte ich im Herbst 1958 die Erste Juristische Staatsprüfung ab. Seit 1. Januar 1959 bin ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Seit 1. Dezember 1959 bin ich außerdem als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle bei Herrn Professor Dr. Baumann an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen tätig.